

UNIVERSIDAD DE CUENCA



Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

Los métodos de interpretación legal y su insuficiencia en el modelo constitucional

Proyecto previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de la República y

Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.

Autor:

Juan Xavier Zalamea Suárez

C.I: 010553055-4

Directora:

Ximena Verónica Endara Osejo

C.I: 170413095-2

Cuenca - Ecuador

20-agosto-2019



Resumen: Este trabajo es un recorrido por las formulaciones sustantivas de algunos de los más destacados autores de la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho, teniendo como nodo central los métodos de interpretación y sus repercusiones en la sociedad. De manera especial, se analizan los cambios que ha tenido la interpretación jurídica en el modelo constitucional que se vive a partir de la segunda mitad del siglo XX, y como esto representa un “giro de tuerca” para la dogmática jurídica y el quehacer jurídico de todos los días. Se examinan estos cambios jurídicos que aún se están fraguando en el seno de la sociedad, y que representan retos epistemológicos de gran envergadura.

Palabras claves: Derecho. Métodos jurídicos. Criterios de interpretación.
Constitucionalismo. Principios.



Abstract: This work is a journey through the substantive formulations of some of the most outstanding authors of legal dogmatics and the philosophy of Law, having as a central node the methods of interpretation and their repercussions in the society. In a special way, we analyze the changes that legal interpretation has had in the constitutional model that we have experienced since the second half of the 20th century, and how this represents a "turn of the nut" for juridical dogmatics and legal work every day. These legal changes that are still being framed within society are examined, and represent epistemological challenges of great importance.

Keywords: Right. Legal methods. Critical interpretation. Constitutionalism. Principles.



Índice

Introducción	- 6 -
1 Capítulo I <i>SOBRE EL MÉTODO TRADICIONAL DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA</i>	- 9 -
1.1 ¿Qué es el método jurídico?.....	- 10 -
1.1.1 El método en general	- 10 -
1.1.2 El método jurídico.	- 13 -
1.2 El método jurídico para la interpretación de la norma.	- 16 -
1.3 Los criterios de interpretación de la ley y su utilidad.	- 22 -
1.4 La equivocidad del método de interpretación dogmático-normativo.....	- 32 -
1.5 La hegemonía de la dogmática jurídica.	- 39 -
2 Capítulo II <i>LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS MÉTODOS</i>	- 48 -
2.1 El círculo hermenéutico y el giro lingüístico en la interpretación constitucional.	- 49 -
2.1.1 El círculo hermenéutico.....	- 49 -
2.1.2 El giro lingüístico	- 54 -
2.1.3 Consideraciones sobre el giro lingüístico y la nueva hermenéutica	- 56 -
2.2 Del modelo legal al constitucional.....	- 59 -
2.3 La interpretación en el modelo constitucional	- 67 -
2.3.1 Los tipos de normas	- 67 -
2.3.2 Los cambios en la interpretación del modelo constitucional postpositivista	- 74 -
2.4 Criterios de interpretación constitucional	- 81 -
2.4.1 La proporcionalidad.	- 83 -
2.4.2 Ponderación.....	- 85 -
2.4.3 Interpretación evolutiva o dinámica en materia constitucional.	- 87 -
2.4.4 Interpretación sistemática en materia constitucional.....	- 90 -
2.4.5 Interpretación teleológica en materia constitucional.	- 92 -
2.4.6 Interpretación literal en materia constitucional.	- 93 -
2.5 Principios de la interpretación constitucional:	- 96 -
2.5.1 Principio de Unidad	- 97 -
2.5.2 Principio de concordancia práctica	- 97 -
2.5.3 Principio de eficacia integradora.....	- 99 -
2.5.4 Principio de fuerza normativa	- 99 -
2.6 El sentido político de la razón, la tópica y la retórica dentro del método jurídico, aplicado al constitucionalismo.....	- 101 -
2.6.1 ¿La interpretación es una actividad y/o un producto?	- 101 -
2.6.2 La política	- 103 -
2.7 Retos y conclusiones.....	- 109 -
Bibliografía	- 119 -
ANEXOS	- 127 -
ANEXO 1:.....	- 128 -
ANEXO 2:	- 129 -
ANEXO 3:	- 130 -
ANEXO 4:	- 131 -



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio
Institucional

Juan Xavier Zalamea Suárez en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación *Los métodos de interpretación legal y su insuficiencia en el modelo constitucional*, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 20 de agosto de 2019

Juan Xavier Zalamea Suárez

C.I: 0105530-4



Cláusula de Propiedad Intelectual

Juan Xavier Zalamea Suárez, autor del trabajo de titulación *Los métodos de interpretación legal y su insuficiencia en el modelo constitucional*, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 20 de agosto de 2019

Juan Xavier Zalamea Suárez

C.I: 0105530554



Agradecimiento

Agradecer a mis directores de tesis y asombrosos profesores, Ximena Endara y Sebastián López, sin su experiencia y cariño realizar esta investigación hubiera siendo francamente imposible.

A Cecilia, mi madre, por el ilimitado apoyo, incansable amor y sabiduría que me han acompañado en la Universidad y al resto de mis caminos.

No menos importante es el agradecimiento que adeudo a mis amigos; sin el ocio junto a ellos, este tiempo hubiera sido insufrible.



Dedicatoria

Quiero dedicar este trabajo a mi madre y a mi padre, porque soy germen de su lucha y de sus pasos, porque me hicieron participe de este gran universo; de la vida, a la que juntos amamos juntos a plenitud.

Quiero dedicar este trabajo a quienes han realizado un esfuerzo para que la sabiduría humana se eleve. La magnitud de las obras que he leído en el curso de esta investigación y a lo largo de mis años de estudio me han enriquecido y han servido para acercarme a las cosas más sencillas y valiosas con mayor diafanidad.

Dedicar también mi trabajo a Abya Yala, tierra que me permitió nacer, y al siglo XXI que es materia que me veo forzado a forjar.



El derrumbe de un sueño,

algo hallado pasando,

resultabas ser tú.

Una esponja sin dueño,

un silbido buscando,

resultaba ser yo.

Silvio Rodríguez

Introducción

El pilar fundamental de esta investigación se orienta al entendimiento cabal del significado de los métodos de interpretación, a los que hemos preferido llamar criterios de interpretación. Para esa búsqueda se ha hecho una selección de diferentes autores para desarrollar un diálogo y adentrarnos en diversas temáticas del derecho¹ que se relacionan de una u otra forma con la interpretación jurídica. A lo largo de los dos capítulos que componen este trabajo, se analizara diferentes autores, la Constitución, las leyes ecuatorianas y temas puntuales de algunas sentencias para saber cuáles son las características del método jurídico tradicional frente al reciente modelo constitucional, y así entender si en este último modelo las formas de interpretación de las normas son iguales al modelo legal o si son necesarios nuevos criterios de interpretación.

Por ello en primer lugar se debe hacer una explicación del alcance que tiene la palabra método, para luego hacer una referencia de manera general a lo que hoy se entiende por método jurídico. En los primeros dos subcapítulos se podrá observar esto y como los conceptos de método jurídico e interpretación jurídica tienen ciertas ambigüedades que oscurecen el estudio del tema, pero a la vez se relacionan con otros campos que permiten esclarecer el camino que se tomará en el resto de la investigación.

En el tercer subcapítulo del capítulo uno se tomará el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano como ejemplo característico de cuáles son los criterios de interpretación de la ley para explicar cada uno de ellos, en que son útiles y cuáles son sus problemas. Los subcapítulos cuatro y cinco representan una crítica a este método de interpretación de la ley, poniendo sobre aviso al lector que la dogmática tradicional pretende desde el racionalismo

¹ Se ha decidido usar las palabras derecho o constitución con minúsculas y únicamente en mayúsculas cuando estas se refieran a un nombre propio como Constitución del Ecuador, siguiendo las reglas constantes en "*Directrices de técnica normativa*", aprobadas por Consejo de Ministros el 22 de julio de 2005 (Bustos, 2019) y (Ministerio de la Presidencia (España), 2005)

moderno encontrar el significado unívoco de las normas, con criterios silogísticos o meramente formales, que al ser el derecho un dispositivo de poder se reproduce de manera pernicioso para la sociedad.

Por otro lado, el capítulo dos hace un análisis de elementos que se dan sobre todo a partir del siglo XX y que son de alguna manera la continuación de la crítica que se había empezado en el capítulo uno, pero a la vez son el germen de otro modelo jurídico. De manera especial se hablará del giro lingüístico y el círculo hermenéutico como dos fuentes abundantes de concepciones nuevas para las ciencias sociales. Estos dos temas que se encuentra en el primer subcapítulo del capítulo dos además permiten hablar de algunas figuras icónicas que abonaron al cambio del pensamiento moderno y que de una manera u otra influyen en el modo que hoy conocemos a la interpretación jurídica.

El segundo subcapítulo de la segunda parte del trabajo es una explicación sobre cómo fue la transición jurídica del método legal tradicional a un modelo constitucional, un modelo que se asienta en las características de una constitución y que desde ahí crea una forma distinta de hacer derecho, lo cual sin duda encarna diferencias para la interpretación jurídica. Las mismas se verán en el subcapítulo 2.3, apartado que además incluye un esclarecimiento de cuáles son los tipos de normas que existen para interpretar en el derecho, y como en el modelo constitucional voltea hacia la importancia de las normas tipo principio y vuelve frecuente su uso conjuntamente con las normas tipo regla.

Después de aquello, al igual que en el capítulo uno se usó el artículo 18 del Código civil ecuatoriano para exponer cuáles son los criterios de interpretación de la ley, en el capítulo dos en su apartado cuarto se utiliza el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional para exponer cuáles son los criterios de interpretación constitucional. El resultado de las diferencias puede resultar sorprendente para el lector. Además de ello, en el subcapítulo inmediato posterior se analiza también el Art. 3 de la Ley



Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que contiene principios de la interpretación constitucional, lo cual representa uno de los cambios del método de interpretación de la constitución.

Antes de los retos y conclusiones con las que se termina el trabajo, el lector encontrará el subcapítulo denominado “*El sentido político de la razón, la tópica y la retórica dentro del método jurídico, aplicado al constitucionalismo*” que ha manera de síntesis proyecta la posición del autor sobre la interpretación jurídica y que de manera sugestiva pretende que no se analice al derecho desde una teoría pura, puesto que el derecho está implicado en las problemáticas sociales y la técnica jurídica debe partir de ello para ser funcional y no situarse al exterior para asumirse neutral, pues ello lo convierte en inoperante. Quizás al final son más los retos que las conclusiones que se pueden dar porque la transición del modelo legal al modelo constitucional es algo que todavía hoy está pasando y que se enfrenta a desafíos hermenéuticos y epistemológicos, pero el lugar histórico en el que lo vivimos es privilegiado porque hoy como nunca antes podemos dar cuenta de una variedad de cuestiones importantes para la vida social.



**1 Capítulo I *SOBRE EL MÉTODO TRADICIONAL DE INTERPRETACIÓN
JURÍDICA***

1.1 ¿Qué es el método jurídico?

1.1.1 El método en general

El presente estudio se enfocará sobre el proceso de interpretación de la norma jurídica, para ello, primero se verá el lugar que ocupa esta actividad en el método jurídico. No sin antes, hacer algunas consideraciones sobre los métodos en general. En este trabajo método será entendido como un *proceso*, un modo de obrar con orden (Fernández de Córdova, 1998, p. 61). Al referirse a la etimología de la palabra “método”, es preciso señalar que: “método viene de la palabra latina *methodus* y esta, de las voces griegas *meta* (*meta*) y (*odós*) que significan fin, y camino, respectivamente” (Fernández de Córdova, 1998, p. 61). Según la Real Academia de la Lengua, la palabra método puede tener cuatro acepciones:

1. Modo de decir o hacer con orden.
2. Modo de obrar o proceder, hábito que cada uno tiene y observa.
3. Obra que enseña los elementos de una ciencia o artes.
4. Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. (2018)

Vale que aclarar, de acuerdo al significado de Fernández de Córdoba, que aquí se analiza el método como proceso no como procedimiento. Por otro lado, se debe señalar que no se puede decir que el método ha existido siempre o que en la actualidad se use siempre. Los métodos se usan sobre todo desde el aparecimiento de las ciencias de la Modernidad; más concretamente a partir de Descartes se tiende a considerar que realizar actividades metódicas es mejor, a veces para ahorrar tiempo, otras para optimizar recursos y, otras tantas, para obtener un resultado más coherente u homogéneo.

Por esto, la palabra método suele usarse generalmente para afirmar que existen “métodos científicos” o “métodos de investigación” y para entender la forma en la que estos se realizan. Claro está que no se podría realizar un seguimiento exacto de cuáles son los inicios del obrar metódico, porque los métodos fueron realizados de manera implícita desde hace mucho

tiempo. En ese sentido, Ferrater Mora sostiene que: “en el llamado <<saber vulgar>> hay ya, casi siempre de modo implícito, un método, pero este último cobra importancia únicamente en el saber científico” (2001, p. 2401).

(...) decía Platón que hay que buscar el camino más adecuado para alcanzar el saber, y cuando se trata del más alto saber, el saber, el camino o circuito más largo, ya que el más corto sería inadecuado para tan elevado fin. También en ese sentido hablaba Aristóteles del método a seguir en <<ética>>. (Ferrater, 2001, p. 2400)

Los métodos que aquí conciernen pueden ser estudiados como parte de la filosofía, la filosofía del Derecho ha entendido que el método es un instrumento que: “permite la realización de actos idóneos para alcanzar el fin propuesto, y como el obrar de un modo sistemático, gradual, observable y reproducible en su integralidad, como un verdadero proceso del ser humano” (Fernández de Códova, 1998, p. 62). La filosofía estudia al método como *una parte de la epistemología* como se puede ver al momento que Mauro Narváez realiza una explicación sobre esta rama de la filosofía:

Epistemología es una rama de la filosofía que se ocupa de todos los elementos que procuran la adquisición de conocimientos científico e investiga los fundamentos, límites, **métodos**, y validez del mismo (...) Analiza el *proceso* del quehacer científico, considerando los factores lógicos, sociales, psicológicos y las circunstancias históricas, económicas y políticas que influyen en la obtención del conocimiento científico (2014, p. 3).

En este sentido, puedo adelantarme a decir que la epistemología, el método y la interpretación son disciplinas que por definición tienen en común algo: la reflexión sobre el acceso y la producción de conocimiento. Aspecto en común de estas tres disciplinas que es

crucial para la presente investigación porque los métodos de interpretación de la ley justamente tienen como objetivo el acceso y la producción de conocimiento de normas jurídicas. Por esto, es útil destacar algunos hitos importantes dentro de la historia de la epistemología, que son significativos para la comprensión de los métodos y la interpretación: así se ha de poner de relieve el pensamiento de Aristóteles quien “reconoce a la epistemología como la ciencia que tiene por objeto conocer las cosas en su esencia y causa” (Narváez, 2014, p. 6), cuestión que en la actualidad es un punto álgido para el derecho, como se verá en el segundo capítulo al observar la postura ontológica de Heidegger y su trascendencia en la nueva hermenéutica.

El profesor Narváez también destaca los aportes de René Descartes al escribir *El discurso del método para dirigir la razón y hallar la verdad en las ciencias* (1637), obra fundamental para el pensamiento de la ilustración al situar el objetivo del método en descubrir “la verdad universal” (2014, p. 3) lo cual marcó una impronta del pensamiento moderno, atando verdad y racionalidad, donde el método jugaría un rol fundamental.

En el estudio del método, con el paso del tiempo se han incrementado el número de las preguntas, hay de las que se han transformado e incluso algunas se han ampliado; en ese trayecto ha sido fundamental que el método acompañe el proceso investigativo como una conciencia de este para saber cuáles son los pasos idóneos para los procesos (de adquisición de conocimiento en este caso). Como un examen breve de los cambios de paradigmas en el estudio del método, Ferrater Mora afirma que existen, al menos, nueve corrientes metodológicas en filosofía: “1) El método por definición; 2) Método por demostración (...); 3) Método dialéctico; 4) Método trascendental; 5) Método intuitivo; 6) Método fenomenológico; 7) Método semiótico y, en general, <<método lingüístico>> 8) Método axiomático o formal; 9) Método inductivo” (2001, p. 2402). Ferrater además asocia estos métodos con algunos autores importantes que los usaron:

Platón uso a la vez un método por definición y un método dialéctico; que Kant usó el método deductivo y el trascendental; que Hegel uso el método dialéctico y el deductivo; que Bergson ha empleado el método intuitivo y el método inductivo (2001, p. 2402).

Me parece, que, en cualquier caso, se puede ampliar el concepto que de la mano de Fernández de Córdova se dio al inicio sobre métodos: más que ser un proceso en sí mismo, el método es la intención de tener conciencia de los procesos, darles un orden y coherencia al sistematizarlos; al observarlos y reproducirlos: conocer, analizar y explicar un fenómeno o una idea. De esta manera, establecer parámetros y generar límites para el estudio de un campo, es decir, una teorización sobre los posibles pasos a seguir, un guion o una guía de los procesos de la filosóficos o de las ciencias para entender sus partes y su contenido.

1.1.2 El método jurídico.

Ahora cabe describir el método jurídico que se analizará a lo largo de este primer capítulo, al que denominaremos el método dogmático-normativo (Martinez & Fernández, 1990, pp 93-95). La cual es la teoría que ha desarrollado y analizado el objeto de estudio de esta investigación que son *los métodos de interpretación de la ley*; para lo cual es imprescindible hacer una precisión previa:

en el pensamiento jurídico se entiende por método las cosas más dispares, entre ellas «modos o tipos de interpretación [del Derecho]», «modalidades específicas de aplicación y concreción del Derecho» y la exposición de «corrientes de pensamiento, a veces denominadas "Escuelas". (Hernández, 1986. p. 183)

Sin duda, saber cuál es el objeto de estudio es decisivo para saber cuál es el método correcto para el análisis, ya que la naturaleza del objeto es la que determina cual es el método más adecuado para examinarlo. Aquello lleva a la consideración de que el derecho tiene varios métodos para cada una de las actividades que se forman en las que se presenta:

1. Métodos para investigar el derecho (el trabajo de la dogmática jurídica²);
2. Métodos para interpretar las normas jurídicas; y,
3. Métodos para aplicar las normas jurídicas.

Esta clasificación, permite identificar que el objeto que se analizará. Por ejemplo, para Hernández el método jurídico consiste en teoría sobre la metodología de la dogmática jurídica (1986. p. 186) pero claramente este autor se refiere al primer numeral, el método para la investigación del derecho. Aquí por el contrario, lo importante es el análisis de la interpretación de las normas jurídicas.

Antes de pasar analizar cómo se entienden los métodos de interpretación de la ley, es obligatorio observar sumariamente a que hacen referencia los métodos de investigación y el de aplicación. Hernández, al referirse al método de investigación del derecho menciona a tres escuelas importantes de la dogmática jurídica: la Escuela del Derecho Libre, Jurisprudencia de los Intereses y la Jurisprudencia de Conceptos, aclara que estas tres concepciones en realidad no tenían una diferencia metodológica en cuanto a la interpretación, ya que todas sostenían que una vez obtenida una proposición se usa una deducción lógica; la disputa consiste más bien en cómo se obtiene la preposición lógica, lo cual es un problema de ontología jurídica (Hernández, 1986, p. 187).

Por otro lado, cuando se debate sobre el método para la *aplicación* del derecho, la dogmática tradicional usa lo que se conoce como *el silogismo jurídico*, que es subsumir los hechos en una norma; es un método deductivo dado que trabaja con ideas y, por lo tanto, con

² Se usará el concepto de dogmática jurídica en vez de “ciencia del Derecho” por considerarlo más oportuno en base a la exposición de Calsamiglia (1990, pp. 75-84).

estructuras lógicas. Este método al centrarse en estudiar los pasos a seguir para hacer válidamente el silogismo jurídico examina si la premisa menor cabe en la premisa mayor y, por tanto, si se obtiene una conclusión *válida*.

Es relevante la diferencia para entre el método deductivo y el inductivo, separación ya clásica en la filosofía del Derecho. Inducción implica procesos analíticos que van desde lo concreto a lo abstracto, revisar las características de un objeto y plantear un principio, su causa. El otro método, la deducción, supone ir de lo abstracto hacia lo concreto, por ello el método dogmático-normativo dice que, al aplicar normas generales y abstractas, se usa la deducción (Fernández de Códova, 1998, p 63-64).

El primer problema que se enfrenta es que el método dogmático-normativo prácticamente considera que no se debe interpretar las normas jurídicas, porque al juez le compete únicamente aplicar la norma, sin interpretarla. Es por eso que en el método dogmático-normativo prácticamente se confunden el método de interpretación de la ley con los métodos de aplicación de las normas. Como se verá son cosas diferentes.

Por ello, para diferencia el método dogmático-normativo de los métodos de interpretación jurídicos³, a estos últimos se los nombrará desde ahora como *criterios de interpretación de la ley*. En el Ecuador a los mandatos de cómo se debe interpretar la ley del art. 18 del Código Civil es común llamarlos métodos de interpretación; pese a ello, se acoge el término “criterios de interpretación” por el modelo español que los ha denominado así (Martínez & Fernández, 1990, p. 290) de acuerdo a la siguiente consideración:

La dogmática tradicional a partir de Savigny (Como se puede ver en el anexo 1) considera que los elementos o niveles que tiene una norma jurídica son: gramatical, sistemático, histórico, y lógico. De esto modo, se acoge el termino *criterios de interpretación* por razones expositivas, y porque a la vez permite clarificar lo que en la práctica realmente son: más que

³ Que se van analizar de manera especial en el apartado 1.3 *Los criterios de interpretación de la ley y su utilidad*

ser un método (que pueden ser el subjetivo, objetivo, exegético⁴, formalista u otros) son más bien criterios parte de los métodos para analizar los elementos de una norma (Martínez & Fernández, 1990, p. 290).

1.2 El método jurídico para la interpretación de la norma.

El objeto que se analizara -los métodos de interpretación jurídicos- es un *objeto de estudio específico*, porque dentro de diversos campos como la biología, la sociología, las matemáticas, la ética, la física, etc. los métodos de interpretación jurídicos se encuentran en el campo del derecho e incluso son solo una parte del estudio jurídico. Los exegetas en ese estudio manejan una interpretación prácticamente silogística, es decir, el método dogmático-normativo usaba un *método general* como lo es la deducción (Ferrater, 2001, p. 2402), hasta que Savigny y Geny proponen el método de interpretación de la ley basado en analizar los elementos de las normas: gramatical, sistemático, histórico, y lógico que pasarían a ser los criterios de interpretación de la ley. Luego aparecerá el criterio teleológico por la influencia de Jhering con su visión finalista de la interpretación de la ley (Lloredo, 2013, p. 243).

La interpretación de la norma jurídica será fundamental para el juez que al momento de la aplicación de la norma le es fundamental hallar el significado de la norma; es fundamental para el profesor y el estudiante de derecho y en general para la dogmática jurídica porque es un fenómeno principal para entender el funcionamiento del derecho. Pero para el derecho la interpretación es un aspecto problemático, al respecto la explicación de Guastini es clara: existe una doble indeterminación del derecho, debido a que concurren dos momentos donde se debe interpretar, y estos dos, son momentos de indeterminación del derecho porque el resultado es en cada uno un acto discrecional del juez (2010, pp. 29-34). El método dogmático-normativo al saber que el derecho es un fenómeno autoritativo (de obediencia a

⁴ Antiguamente exegeta era aquel conocido por realizar hermenéutica teológica, una explicación de los textos sagrados que pretendía mantener inalterable la voluntad de Dios. En dogmática jurídica los exegetas crearon un método de interpretación del Código Napoleónico que estaba apegado al tenor literal.

una autoridad) entiende que no cabe ir más allá del mandato que la ley prescribe, por lo que el método jurídico tradicional trataba de eludir la interpretación del juez y reducirlo a un silogismo formal.

Sumariamente vale aclarar que el primer momento de indeterminación, es el de la interpretación en abstracto, donde de una disposición normativa se elige *una de las normas posibles* para ser aplicadas (indeterminación del sistema jurídico); y, el segundo momento, cuando se subsumen los hechos a la norma (indeterminación de la norma) (Guastini, 2010, pp. 29-34). Sobre el tema se volverá con mayor detenimiento en la sección de la equivocidad del método dogmático-normativo.

Lo sustancial es que la indeterminación del derecho ratifica la importancia de la interpretación dentro de la aplicación de la ley, y la posición que ocupa la interpretación en el derecho. Pero, sobre todo, se debe tener en cuenta que, en todo ejercicio intelectual, existe interpretación y todos los procesos jurídicos son principalmente intelectivos más aún lo es la interpretación de la norma; y (como se verá en la página 46) la interpretación tiene que verse como la comprensión misma del ser humano, es la única forma en la que se puede *conocer* el mundo. Sin más, cabe señalar que todo lo que conoce el ser humano y lo que puede llegar a conocer, es gracias a la interpretación, pero pueden existir diferentes formas de interpretar, esto serían diferentes métodos para la interpretación, lo cual es parte crucial del estudio de la dogmática jurídica.

Al hablar de interpretación, se debe saber que la disciplina que la estudia es la hermenéutica. Esta, es un campo de la filosofía, y se ha escrito ampliamente sobre la importancia que tiene para las ciencias en general. Es significativo que se sepa que, desde su inicio la hermenéutica (al estudiar la interpretación) fue sobre todo conocida por ser una disciplina utilizada para tratar de transmitir de forma fidedigna los mensajes de los oscuros, densos, alegóricos o metafóricos textos sagrados que, en general, poseen casi todas las

religiones: La Biblia, la Torá, el Corán, el Popol Vuh, por ejemplo. Encontrar esos *mensajes* divinos fue para “dar sentido al mundo y orientar nuestra acción” (Recas, 2006, p. 36) es de las primeras utilidades que tuvo la hermenéutica, como estudio de la interpretación.

Lo que sostengo es que, como se adelantó en el primer sub-capítulo, el método y la interpretación se relacionan en la filosofía del Derecho por el estudio de los pasos a seguir para el descubrimiento del significado de un texto normativo. Esto puede verse a partir del debate existente entre dos contradictores tradicionales en la búsqueda de conocimiento, posiciones filosóficas que enuncian básicamente dos distintos métodos de investigar -formas de interpretar y de entender el mundo-: idealismos y materialismos.

Por un lado, en la primera vertiente de pensamiento se enfatiza en la existencia de una “esencia” dentro o fuera de los objetos –las cosas que se interpretan-; lo que hace que la cosa, inevitablemente, sea lo que es –tal vez de manera deformada, como sostenía Platón-. Por ello, se justificaría, según esta dogmática, que el ser humano pretende asignar un método único y universal para descubrir la esencia, lo verdadero, lo inmutable del significado de las cosas, en caso del derecho, el verdadero significado de una ley, esa esencia se encontraría ahí “oculta” y se la podría revelar con el método adecuado.

En la segunda vertiente de pensamiento, se propone que la existencia de las cosas es puramente objetiva. El empirismo –representante de esta perspectiva- sostendría que lo que ocurre es que la subjetividad humana evidencia esa materialidad, es decir, experimenta la existencia física de las cosas, lo que determina el entender de las cosas, o de los textos. Por tanto, solo cabe que al experimentar se describa de la manera más *fidedigna* posible los caracteres objetivos de esa experiencia. El entendimiento de este debate es, por supuesto, mucho más profundo; para ello cabe destacar los aportes de las obras de Kant, Hume, Husserl o Popper, por nombrar solo unos pocos autores, clásicos en el tema.

Pero este debate entre juristas en la interpretación jurídica tiene sus características especiales: 1) porque el objeto del derecho son textos (un objeto que contiene una idea o varias), y; 2) porque estos textos son normas expedidas por autoridad competente, lo que convierte al derecho objetivo en un lenguaje *prescriptivo* y *autoritativo*. Estas dos características hacen que el debate no sea tanto entre materialismos e idealismos, sino que esa discusión en la dogmática jurídica tradicional se puede resumir en dos corrientes principales del derecho: iusnaturalismo frente a iuspositivismo⁵.

Para la interpretación jurídica, cada corriente guarda ingredientes de su par: el iusnaturalismo y el idealismo coinciden en que debe existir una *esencia* en las cosas, un fundamento universal que no puede cambiar. El iusnaturalismo sugiere que el significado de las normas se puede describir de manera perfecta porque provienen de las leyes de la naturaleza, de una voluntad divina o del aritmético orden universal. Según Manuel Calvo, en un primer momento tuvo lugar un iusnaturalismo de origen divino, las normas jurídicas estaban justificadas por ser emanadas por Dios o por su representante. A partir del siglo XVI con el renacimiento, el humanismo y la ilustración gana poco a poco fuerza un iusnaturalismo racionalista:

alientan la ilusión de encontrar un fundamento racional sobre el que construir un derecho universalmente válido; sientan la necesidad de alcanzar un derecho sistemáticamente perfecto y, con el auxilio del método deductivo, mantienen la esperanza de hacer previsibles de antemano las soluciones jurídicas (...) Con el lento y disperso advenimiento de la modernidad, tanto el derecho natural racionalista como la ley positiva se conciben como algo creado (...) Con el desarrollo y consolidación de las formas políticas modernas, el *ius positum*, el derecho <<puesto>> o derecho *positivo*, emana de una entidad soberana particular, y el texto de la ley aparece como algo *creado* y no como algo hallado, descubierto o revelado. (Calvo, 1994, p. 33)

⁵ Aunque no se debe olvidar el historicismo, la corriente marxista del derecho u otras escuelas que tienen aportes considerables pero que son difíciles de abarcar en estas líneas.

Esta última transición del derecho natural daría paso a un modelo más marcado por el iuspositivismo, transición que se da a finales del siglo XVII e inicios del XVIII. Este también comparte similitudes con su par el materialismo, porque convierte lo legislado por el soberano -el derecho objetivo- como lo único que *realmente* es derecho. El iuspositivismo considera que el legislador al prescribir los posibles hechos jurídicos define unívocamente su significado y mediante la deducción *puramente* formal el juez podrá aplicar el derecho simplemente describiendo el derecho vigente (derecho objetivo o derecho material), y todo lo que quede por fuera de lo objetivo no es *realmente* derecho⁶.

El iuspositivismo, no considera prudente el uso de una lógica material⁷ para la interpretación jurídica, esto es, la interpretación no tiene contacto con los resultados sociales de la decisión judicial, no le importan si los efectos de la decisión jurídica son justos o injustos; deseados o no deseados o deseables o no deseables, simplemente es formalmente correcto; el derecho objetivo define lo que es jurídico y lo que no lo es, y al hacerlo reduce al derecho en un fenómeno impositivo y totalizador. Contrario a eso, para mi tomando a Jhering: “La regla es una abstracción del derecho efectivo: ex jure, quod est, regula fiat”⁸ (Lloredo, 2013).

Estas dos corrientes de la dogmática jurídica tradicional coinciden en la idea de que se pueden obtener el significado unívoco de la norma. Pero el derecho es más que solamente autoritativo y el significado de las normas no emana de un ideal superior o trascendental, como se verá en el segundo capítulo. Pero lo importante aquí es la relación entre método e interpretación sobre la conciencia.

⁶ Existen varios tipos de positivismo y sería necesario hacer una diferencia más precisa de cada uno de ellos, pero lo que se intenta aquí es sintetizar la posición iuspositivista.

⁷ Lógica informal para no confundirla con el materialismo.

⁸ Lloredo traduce la expresión como “del derecho que es, nace la regla”; más, de la búsqueda del significado de esta expresión encontré otra que incluso me parece más adecuada para lo que pretendo expresar: Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat: El derecho no procede de la norma, sino de lo que el derecho es, se hace la norma.

Es necesario observar que según se tome el iusnaturalismo o el iuspositivismo (o el materialismo y el idealismo en general) cambia no solo los métodos de interpretación que se utilizaran sino -y en esencia- la configuración del significado que se puede aprender. Al seleccionar ciertos métodos de interpretación afines a una corriente filosófica o jurídica, se tendrán una simbología y escala -un mapa de la realidad- (Avila, 2017, p. 11) como resultados de esas interpretaciones. La conciencia adquiere una *forma* similar a la estructura del método que se elige para interpretar el texto, pero el método esta también ceñido por los prejuicios del mapa de la realidad con el que se cuenta. La perspectiva desde la que se observa el mundo y la conciencia del sujeto están difuminadas por su estrecha relación de condicionamiento el uno al otro.

Si el significado es un ideal, algo material, algo construido históricamente o simplemente una emanación de la voluntad del soberano será una *perspectiva* y como el artículo *Psicoanálisis y derecho: elementos para una crítica lacaniana de la ideología jurídica* analiza lo que se considera como *lo real* en el derecho: “modo de dar cuenta (...) de la inaccesible plenitud del orden simbólico (...) disloca nuestros propios intentos de conceptualizar y asir simbólicamente al derecho” (Foa, 2013, p. 139); o, dicho de otra manera, la concepción de la relación entre sujeto y objeto conforma el matiz con el que la sociedad puede conocer la totalidad.

La elección de un paradigma (iusnaturalismos o iuspositivismos - idealismos o materialismos) o su ecléctica conjunción define la interpretación de la realidad, conforma la *perspectiva* de la realidad, basta con que entendamos otra cosa por interpretación o que los prejuicios generados por los métodos sean distintos para que nuestro entendimiento sobre *lo real* se distorsione (Ávila Santamaría, 2017, p. 11). Entonces, la relación entre la conciencia del mundo y forma en la que se interpreta es directa y sustancial, depende lo uno de lo otro.

Sin embargo, no olvidemos que lo principal aquí es que:

el campo de estudio de la metodología jurídica es el contexto de la justificación jurídica; y por lo tanto que el campo de estudio de la metodología de la interpretación jurídica es el contexto de la justificación interpretativa del Derecho. Y que (la) función de la metodología es la de especificar, o descubrir, o diseñar, o retocar, o solamente examinar el camino interpretativo que sigue el jurista; el trayecto interpretativo, el sendero que los juristas recorren al interpretar. O los caminos, los trayectos, los senderos: el método, en suma.

Entendido el método como camino, no se puede, sensatamente, estar «contra el método». El camino, o los caminos, existen porque la gente se mueve. Tomemos en serio a la gente. El trayecto, o los trayectos interpretativos, existen porque los juristas interpretan. Tomemos a los juristas en serio. (Gianformaggio, 1987, p. 92)

Por esto y en conclusión, la cuestión de cómo funciona la interpretación en la Modernidad⁹ no es ajena a la búsqueda de un método jurídico adecuado y esto se ha planteado principalmente en corrientes de pensamiento que buscan la esencia de los significados o la explicación fidedigna el significado en la materialidad significante. El método jurídico de los exegetas pretendía trazar un camino hacia la tarea de “descubrir” los significados de las normas de manera formal mediante el silogismo jurídico, pero para el formalismo el análisis dependerá de los elementos que tiene la normas, los criterios de interpretación; los cuales dependerán más directamente del marco teórico-conceptual del que se parta, en este caso, de la visión estrictamente formal del ordenamiento jurídico.

1.3 Los criterios de interpretación de la ley y su utilidad.

El método dogmático-normativo es un modelo que tiene entre sus antecedentes principales la exégesis de origen francés, producida en el siglo XIX, que además se inspira en la

⁹ Lo que sucede en la postmodernidad sobre este tema se analizara al analizar el circulo hermenéutico en el segundo capítulo, aunque este apartado pretende a la vez ser un acercamiento a esa cuestión.

dogmática del *Corpus Iuris* romano, modelo que más tarde –unificándose con la dogmática alemana- desembocaría en el formalismo jurídico que predominaría en Europa continental del siglo XIX y la primera mitad del XX, que construye las nociones de los criterios de interpretación jurídicos tradicionales que se analizarán aquí¹⁰.

Asumiendo una tradición iusnaturalista que, poco a poco, se seculariza en el Renacimiento y en la Ilustración en camino hacia el Racionalismo, pero sin dejar de ver al derecho como algo “dado” y la figura del legislador como algo omnipotente, de plenos poderes: Dios, el rey, el legislador racional, el soberano. En esas distintas formas la ley ha sido vista como algo que merece el más íntimo respeto, el derecho en este sentido es un fenómeno *autoritativo*, y por tanto su objeto principal –la norma- puede ser visto como un dogma, un saber dogmático en un sentido no peyorativo (Calsamiglia, 1990, pp. 75-84).

Al edificar esta forma de ver el derecho, surgió la perspectiva de analizarlo como un sistema, un todo racional, un ordenamiento de normas. Idea que era común en la incipiente ciencia de la modernidad. Con ello también aparecieron las nociones de unidad, plenitud y coherencia; tres elementos que son imagen de la concepción racional con la que se miraba las normas y el sistema jurídico, que podría identificarse como una ideología que justamente conforma el entendimiento de las normas, el funcionamiento del derecho en general.

En esta perspectiva, existieron -principalmente- dos teorías de la interpretación: una subjetiva o estática y la otra objetiva o dinámica. La primera miraba a la tarea hermenéutica

más que buscar y descubrir el sentido expresado en un texto, lo que persigue es indagar lo realmente querido por el autor del texto –el legislador-. La voluntad del legislador (*voluntas legislatoris*) se convierte en el objeto principal del interprete. (Martínez & Fernández, 1990, p. 282)

¹⁰ Cabe anotar que el Código Napoleónico, el cuerpo normativo característico de la exégesis francesa de inicios de XIX, no tenía en realidad un catálogo de criterios de interpretación.

La *teoría objetiva* del método dogmático-normativo considera que el objetivo es el significado inmanente en la ley, no hay que atribuirle o adscribirle un significado como se entiende actualmente, sino descubrir la racionalidad inmanente que guarda la norma. Como exponen Martínez & Fernández (1990, pp. 283-284): en esta teoría el texto es autónomo a la voluntad del legislador; está sujeto a la concreción histórica de sus palabras, esto le dota de cierto dinamismo por la posibilidad de encontrar la función social de la norma, pero igualmente no está permitida la infidelidad al texto, aunque se puede que interpretar las razones subyacentes, el fin plasmado en los elementos objetivos de la ley. La ley es racional más allá de la racionalidad de sus autores: “La actividad interpretativa, para ser correcta, ha de someterse a una serie de limitaciones racionales, a una serie de **criterios** y de directivas que permiten descubrir el sentido actual de la norma dentro de la voluntad del legislador histórico” [el sentido histórico de la norma escrita considero que es más oportuno] (Martínez & Fernández, 1990, p. 284).

Estos criterios de interpretación de la ley en el sistema jurídico ecuatoriano están retratados en lo prescrito por el art. 18 del Código Civil. En éste, se encuentran siete numerales, reglas de interpretación de la rama privada del Derecho ecuatoriano, y que *por lo menos* de manera subsidiaria, también está presente en todas las otras ramas, lo cual hace que estas reglas sean propietarias de un valor extraordinario para los juristas ecuatorianos. Por lo que, se analizarán pormenorizadamente para advertir de qué modo el ordenamiento jurídico ecuatoriano entendió la perspectiva tradicional de la interpretación jurídica en cinco criterios de interpretación de la ley y tres reglas subsidiarias:

El primer criterio se encuentra en el primer numeral: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, esta parte del texto del art. 18 contiene el criterio de interpretación gramatical, el cual se puede expresar también en

un aforismo romano: *In claris non fit interpretación*, una orden clara ¡no interprete! no lo haga, si la norma es inequívoca porque no hace falta interpretar lo que está claro¹¹. Se atiende únicamente a la morfología y la sintaxis llanas de las palabras; la expresión más conocida de este criterio corresponde al del juez *boca de la ley* que no tiene más que aplicar el mandamiento de la norma. Se considera que el derecho consiste prácticamente en un ejercicio subsuntivo (de aplicación), negando “el riesgo” de que exista una actividad interpretativa que altere la ley.

Este criterio por antonomasia tiene principios del método dogmático-normativo dado que sirven para certificar la seguridad jurídica, el principio de reserva legal y, así, prever que el juez resolverá apegado a la letra de la ley. Se debe subsumir el sentido obvio del texto directamente de sus signos. El criterio gramatical (o criterio literal) considera que el texto es claro y unívoco si se aplica estrictamente las reglas lingüísticas. El método dogmático-normativo (el exegético un poco más que el formalista) además cree que este es el criterio para casi todos los casos, el jerárquicamente superior y los otros serían más bien subsidiarios. Entonces, el método dogmático-normativo trata a la vaguedad y ambigüedad de las normas como un problema residual del ordenamiento jurídico¹².

Pero, en el mismo numeral primero del art. 18, se esconde el segundo y el tercer criterios de interpretación al expresar en su texto: “Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestada en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”. En caso de duda, está *permitido* interpretar, con otros criterios. Aparecen concretamente dos criterios de interpretación de la ley ahí, primero la interpretación teleológica; que se refiere a la interpretar el propósito de la norma (ya sea subjetivo u objetivo). Aquí es donde se busca las razones subyacentes o la finalidad de la ley,

¹¹ A mi juicio, lo que debería entenderse es que no se debe “sobre-interpretar”, porque no interpretar es imposible, pero este es un criterio actual contrario al de la exegesis francesa que se verá en el apartado 2.3 *La interpretación constitucional*.

¹² Como se verá en el apartado 1.4 *La equivocidad del método dogmático-normativo*.

su función social; este criterio se apega bastante más a las tendencias actuales de la interpretación jurídica, pues, permite actualizar el sentido, pero claro está, que en el modelo tradicional (método dogmático-normativo) es limitado y residual esta opción. Como se vio en la página 11 el análisis finalista es herencia de Jhering que escribió a finales del siglo XIX y tendrá repercusión a lo largo del siglo XX.

Especialmente en el primer tomo de *El fin*, el propio Jhering reconoce haber descubierto un nuevo principio para interpretar el fenómeno jurídico: el de la finalidad. Se trata de un concepto, a su modo de ver, notablemente distinto al del interés, que se movía aún en coordenadas demasiado subjetivas. (Lloredo, 2013, p. 243)

Sin embargo, cuando Montesquieu escribió *El espíritu de las leyes* (1748) estaba influenciado por la ciencia de su época, como las leyes que formula Newton (1687) para construir una explicación del ordenamiento del universo. Por tanto, las leyes humanas debían seguir ese mismo esquema, es decir, que el espíritu de las leyes debería emanar de una supuesta racionalidad natural, de modo que cada conducta humana tendría -según esta visión- una ley que la rige como contrapartida, que se podría determinar mediante la razón. Por lo que, solo podía haber un sentido único para cada ley humana; una única norma posible para cada conducta. Este criterio, supone que, aunque la sintaxis no exprese con nitidez el significado, de todas maneras, a cada norma le sigue teleológicamente una única semántica posible, un único lugar en el universo de normas, que, con un cálculo matemático, filológico - copernicano- define su significado, su validez universal.

El segundo inciso del numeral primero del art. 18 tiene, como se dijo al inicio de la página anterior, también tiene otro criterio, que sería el tercer criterio de interpretación en esta revisión: el histórico. Criterio que indica que la ley fue creada en un contexto y existe otro en el que sus palabras cobran pertinencia (cuando se quiere interpretar); como el matrimonio que

fue creado como una institución religiosa pero que hoy es principalmente un contrato civil lo cual cambia su naturaleza y por tanto su interpretación. Sin embargo, su significado en cada etapa histórica es diferente; por ejemplo, la historia del matrimonio como institución permite aclarar su funcionamiento, propósito u otras dudas que surjan en torno de ella. Por lo tanto, es imperioso considerar que, inevitablemente, los cambios históricos afectan a las leyes, de modo tal que la actividad interpretativa no debe ser ajena a esos procesos.

Hay que decir que, como criterio de interpretación, este es uno de los más complicados, pues, incluso cuando un texto normativo contenga “considerandos” que establezcan pormenorizadamente las circunstancias en las que las leyes fueron escritas, hacer una arqueología de las palabras suele traer diversas problemáticas. Ocurre aquello a lo que R. Barthes llamaría “la muerte del autor”, es decir, que luego de que el autor de un texto ha concluido su proceso productivo, las palabras adquieren autonomía y, a partir de ello, el contenido depende de la visión con la que el intérprete se apropia del contenido; esta es una experiencia propia e independiente del intérprete que “mata” al autor.

Se debe resaltar los aportes Escuela Histórica del Derecho, pero ¿la historia es fidedigna? Es conocido que no se la puede reconstruir de manera perfecta, como lo expresa Ferayabend en su *Tratado contra el método* [1975] cuando afirma que “La historia está repleta de accidentes y coyunturas, y curiosas yuxtaposiciones de eventos. Esto nos demuestra la complejidad del cambio humano y el carácter impredecible de las últimas consecuencias de cualquier acto o decisión de los hombres” (1986, p. 2) [1975]; lo que se traduce en la imposibilidad de ser fidedigno con una interpretación que es, sin duda, histórica.

Retomando al art. 18 del Código Civil, especialmente su tercer numeral, se encuentra una segunda regla sobre el método gramatical ya referido: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido para ciertas materias, se las dará en estas su significado legal”, y

el siguiente numeral del art. 18 del Código Civil, también entrega otra regla de interpretación gramatical: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que han tomado en sentido diverso”.

Estas dos reglas, en realidad, contrarían la idea de que un texto tiene un único significado posible. Creo que el Código Civil ve con cierta ingenuidad el tema, tal parece que mira de manera general las normas tienen un sentido natural y, solo por excepción, tienen otros sentidos cuando, en la práctica, es al revés. Se podría tratar de culpar esta visión ingenua del Código Civil a que fue escrito en un tiempo menos complejo que el actual; sin embargo, parecería un desatino decir que el siglo XIX no era ya un mundo suficientemente complejo, donde las palabras eran ya abundantes y confusas. En la actualidad, tal vez, son tan solo un poco más, en cualquier caso, atender perfectamente a la gramática y ver un solo sentido en la ley será siempre una tarea incompleta, surgirán nuevos significados y la ambigüedad es un carácter del lenguaje, por tanto, la gramática no es exactamente fuente de univocidad como entienden el método dogmático-normativo.

Por su parte, el numeral cuarto del ya mencionado art. 18 del Código Civil hace referencia al criterio de interpretación sistemático, cuando textualmente señala:

El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

De esta manera, el código ecuatoriano ordena interpretar de acuerdo a lo que según el formalismo europeo del siglo XX caracteriza como un sistema jurídico: unidad, plenitud y coherencia. Tres aspectos básicos a la hora de hablar del método jurídico occidental, pilares fundamentales que sostienen la visión del ordenamiento jurídico (Calvo, 1994, pp. 64-80). La

idea de que el ordenamiento funciona como un todo está también anclada a la idea de que cada ley, cada artículo, cada regla o principio, tienen un lugar y una funcionalidad específica.

En el formalismo de Kelsen y A. Merkl, el derecho sería una estructura piramidal, un *orden* jerárquico que, en cascada, desde la norma hipotética fundamental -o *ficción* fundamental- y la constitución se derivan las leyes orgánicas y de estas las primeras las leyes ordinarias, hasta llegar así a los instructivos y reglamentos de menor jerarquía. Todo estos diferentes “momentos” del sistema¹³ deben corresponderse y, con ellos, el contenido de cada una de las palabras formar un todo único, pleno y coherente (Calvo, 1994, pp. 116-125).

Resta solo un criterio por comentar que en realidad en el art. 18 no está claramente determinado: el criterio de interpretación lógico. Tal vez no está directamente determinado porque se podría asociar el criterio de interpretación literal (gramatical) con el criterio de interpretación lógico; sin embargo, si sería así, podría tratarse de una equivocación, pues, parecería que, para entender lógicamente, bastaría con analizar que se cumplan las reglas del lenguaje, y no es así. La lógica estudia las leyes de un correcto proceder del pensamiento; el lenguaje, en cambio, se estructura con las leyes de la lingüística.

En todo caso, tomaré una parte del art. 18 que falta por comentar: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (...)” lo cual es una prohibición de hacer interpretaciones restrictivas o extensivas pero que puede clarificar aún más lo que se debe entender por el criterio de interpretación lógico: se debe seguir una recta interpretación, las premisas de una interpretación y su conclusión tiene que ceñirse a una forma lógica, respetar una correcta conformación del pensamiento, ni más ni menos, puesto que el juzgador le debe neutralidad al proceso, es decir, no deben intervenir sus animadversiones e intereses personales, esto es, justamente eso que le puede resultar favorable u odioso.

¹³ La dogmática jurídica suele hacer una diferencia entre ordenamiento y sistema jurídico, aquí se usan indistintamente esos dos términos para no entrar en el debate, que, aunque interesante, no del todo pertinente aquí.

Se han expuesto cinco criterios clásicos de interpretación de la ley: gramatical, histórico, lógico, teleológico y sistemático. En definitiva, existiría un orden implícito en el artículo 18, primero el criterio gramatical, el juez está atado a las palabras de la ley, parecería que no debe interpretar, pero un criterio de interpretación es precisamente ceñirse a las palabras de la ley (entonces sí es interpretación –tan solo- leer las palabras de la ley, ya lo es). Después, se puede acudir a otros criterios que lo que pretenden es dotarles a las normas y, a la vez, al sistema jurídico de principios que la dogmática jurídica ha determinado como deseables: unidad, plenitud y coherencia.

Sin embargo, existen dos últimos numerales del art. 18 que son para mí del todo curiosos para el objeto de esta investigación, pues, son reglas –*de ultima ratio*- que ofrecen parámetros abiertos, dan paso a que cuando se hayan agotado los criterios de interpretación para el caso se pueda acudir a formas de *integración* como la analogía, una exploración extensiva del ordenamiento jurídico ya no por medios lógicos. Procesos que no le son propios a la supuesta interpretación estricta que pretende el método jurídico tradicional y el Código Civil ecuatoriano que pretendían, en principio, limitarse a las palabras de la norma aislada.

La regla de *ultima ratio* reza así: “En los casos a que no pudieren aplicar las reglas de interpretación precedentes, se interpretará los pasajes oscuros o contradictorios de modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, de manera que primero al hablar del espíritu hace referencia a un criterio teleológico, dado que - supuestamente- se podría encontrar “la finalidad” manifestada en el precepto, el *sentido* que la ley guarda. Como se señaló, el criterio de interpretación teleológico corresponde a una etapa posterior del método exégeta, más ajustado al formalismo que, debido a que se desarrolla en el siglo XX, se ve afectado por el surgir y el transcurrir de la crisis de la lógica puramente formal, y la necesidad de encontrar la función social de las normas, lo que incluso creará la corriente de la sociología jurídica (Calvo, 1994, pp. 101-115).

Por último, la parte final de la regla de *ultima ratio* del -tantas veces mencionado- artículo 18 prescribe que el juez debe acudir a la interpretación “en *equidad* (...) a casos análogos y, no habiéndolos, se recurrirá a los principios del derecho universal”. Lo cual pone en manifiesto que incluso el método dogmático-normativo al intentar reglar la interpretación se percata que los cinco criterios de interpretación de la ley pueden dejar dudas sobre el significado de la norma. Al acudir a la equidad, se acepta que en realidad el sistema jurídico no está cerrado, no es pleno, lo cual le quita coherencia; finalmente esos elementos de la norma y el ordenamiento que sirven como criterios de interpretación de la ley (la gramática, la lógica, el sentido histórico, su finalidad, la noción de sistema) son más bien ideales para conformar el derecho, no es que el derecho este “dado”. Pero, así lo creían los exégetas y buena parte los formalistas.

Al fallar en equidad, el “buen juicio” del juez será realmente decisivo, lo cual no necesariamente es lógico; cuando se acaban las normas escritas, los criterios, reglas y como última rueda del sistema jurídico, el método dogmático-normativo se socorre por los principios universales del derecho y la equidad. Esos principios pueden provenir de diferentes lugares, como no pertenecen al sistema propiamente no se saben dónde están, alguien podría incluso invocar principios que más se asemejan a un derecho natural, que a un principio jurídico propiamente dicho. Lo que queda claro es que son normas no expresadas por el sistema jurídico; serían normas implícitas

Considero que es un curioso final para este artículo del legislador ecuatoriano del siglo XIX que, al escribirlo, se da cuenta que los criterios de interpretación que estaba plasmando no podría regular todos los casos; que los problemas de la interpretación sobrepasan las definiciones legales y las capacidades del juez al encontrar el sentido teleológico, lógico, histórico o sistemático. Resulta entonces que el derecho es un sistema abierto, con normas inexactas y no siempre explícitas. Reglas de *ultima ratio* que resultan un paraguas gigante

frente a problemas que se veían avecinar para el aplicador de la ley, sin que se haya podido intuir que -en la práctica- estos problemas serían exponencialmente más números y filosóficamente más complejos.

1.4 La equivocidad del método de interpretación dogmático-normativo

El método legal de interpretación deductivo (clásico o tradicional) ha sido cuestionado por sus compromisos epistemológicos con la visión iluminista-moderna del derecho desde el siglo XVII hasta mediados del siglo pasado. Actualmente se asume la incapacidad de poder resolver los problemas que contiene, porque quedan presupuestos que, según Narváez, no son sostenibles hoy en día:

- Objetividad del conocimiento,
- Determinismo o causalidad de los fenómenos,
- Experiencia sensible,
- Cuantificación de los fenómenos,
- Lógica formal aristotélica,
- Verificación empírica (2014, p. 74).

Aquí se seguirá la exposición de Guastini (2010) para anotar el carácter doblemente ambiguo que tiene el vocablo interpretación, para mostrar los límites que el método dogmático-normativo al considerar que *existe un único sentido posible* al interpretar. El método gramatical observa un entendimiento arcaico de lo que significa interpretar, ya que considera que se puede entender *mínimamente* el significado más obvio de los signos sintácticos sin interpretar, haciendo solo un ejercicio silogístico, como ya se ha dicho. Pero incluso ahí, incumbe interpretar esos signos sintácticos, esta es una relación forzosa entre objeto y el sujeto, donde ambos se construyen. Es por ello que la búsqueda en el intento de acotar el ordenamiento jurídico se hacen definiciones -prescripciones-, eso acota la vaguedad, pero las dificultades de la interpretación son prácticamente incommensurables.

Uno de los descubrimientos más importantes de Carlos Eugenio Bultrón (sic) fue precisamente la prueba de un conjunto de teoremas que muestran los límites de esta concepción jurídica tradicional. Específicamente, en *Normative Systems* se demuestra —a través de seis teoremas— que las indeterminaciones del derecho son inevitables y que los ajustes que los juristas introducen continuamente a las decisiones de la autoridad no derivan de una incapacidad de los legisladores, sino de los mismos límites que supone regular la conducta mediante normas generales y abstractas (Navarro, 2007, p. 18).

Pues bien; Guastini manifiesta que la primera ambigüedad de la palabra interpretación se produce porque “se suele hacer referencia a la atribución de significado a un texto normativo, o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho” (...) “si bien lo segundo presupone lógicamente lo primero, se trata de dos actividades intelectuales diferentes” (2010, p. 30). La diferencia entre estas dos, sería la diferencia que se hizo en la página 12: interpretación abstracta es la que busca el significado de una norma, sin relación a ningún caso, y la interpretación en concreto que busca el significado de una norma para poder calificar, si los hechos que encuentran dentro de sus presupuestos. Hay que insistir, como expresa Guastini que la interpretación en concreto implica siempre la interpretación en abstracto (2010, p. 30). Pero lo que pretende mostrar con esto el autor es que, al participar la discrecionalidad del intérprete en esos dos momentos, estas son dos indeterminaciones del derecho.

La ambigüedad de la palabra interpretación trae consigo las dos indeterminaciones del derecho, como se dijo en la página 12 tomado el esquema de Guastini, por un lado, la *indeterminación del sistema normativo* en cuanto tal, que es una propiedad de los sistemas normativos puesto que sus normas equívocas ya que “no se sabe que normas están en vigor” (2010, p. 31) debido a que las normas pueden ser ambiguas:

- a) Un texto T es ambiguo, porque puede expresar la norma N1 o N2

- b) Sabemos que T expresa N1, pero puede que también expresa N2
- c) Sabemos que T expresa N1, pero puede que implique N2
- d) Sabemos que T expresa N1, pero puede que sea derrotable, “si está sujeta a excepciones implícitas no identificables a priori” (2010, pp. 31-32).

Señala este autor que, por aquello, es imprescindible distanciar lo que es disposición (o disposición normativa) de lo que es la norma. La *disposición normativa* es el texto normativo o enunciado normativo “T”, y esta disposición normativa “T” puede expresar las *normas*: N1, N2, N3, etc. “entre las dos cosas (*disposición normativa y norma*), de hecho, no se da una correspondencia bi-unívoca” (Guastini, 2010, p. 32). Según este discernimiento, los textos normativos expresan y/o implican, conjunta y/o alternativamente un número indefinido de normas. Esto es lo que problematiza la interpretación formalista que considera que “racionalmente” solo puede existir una única respuesta correcta.

Precisa además el autor que la equivocidad no se da solamente por la ambigua formulación del texto normativo; se expresan diversos significados sobre todo porque: 1) existen normas implícitas que fatalmente condicionan la interpretación, 2) se tiene una multiplicidad de criterios interpretativos que pueden arrojar resultados diversos -este tema también se encuentra en (Recas, 2006, p. 39)-, 3) la dogmática jurídica que crea normas implícitas o presuposiciones teóricas, y, 4) los sentimientos de justicia de los intérpretes (Guastini, 2010, p. 33). Por ello hay que permanecer atentos a la indeterminación del sistema normativo.

Para Guastini es sustancial las implicaciones de las normas implícitas. Estas pueden darse mediante construcciones lógico-deductivas como “la combinación de una definición legislativa” (2010, p. 35) pero, en la mayor cantidad de casos, son normas creadas por procedimientos pseudo-lógicos como el argumento analógico, se llega a normas que no son expedidas por autoridad competente y, por tanto, no son válidas como proposiciones normativas (2010, p. 35). El jurista italiano nota el rol de la dogmática jurídica al construir

concepciones dogmáticas más o menos arbitrarias que sirven como normas implícitas; y que no existe una sola forma de interpretar y la matriz teórica de la que partamos poco a poco configurara una determinada estructura del orden de las cosas, por lo que, los métodos de interpretación a largo plazo están influidos por la visión que tenemos del mundo, o del sistema jurídico en el caso del derecho.

Guastini expone que, la segunda, es la *indeterminación de las normas* por “la vaguedad de cualquier lenguaje” (2010, p. 33) y por extensión es una característica de todo lenguaje normativo, debido a que es característico de toda palabra expresar vagamente su significado. La vaguedad se da por lo que el inglés Hart (seguramente influenciado por el giro lingüístico que se verá en la página 49) en 1961 llamaría *open texture*, una característica del lenguaje que expone que las palabras tienen un contenido abierto y en el derecho esto no permite determinar con claridad *cuáles son los hechos que se pueden* subsumir en la norma: en el derecho puede haber un caso donde a una persona le parezca indiscutible que los hechos si están dentro de las premisas, y otra que piensa que indiscutiblemente no (2010, p. 34).

Volviendo a la segunda ambigüedad del vocablo interpretación; según Guastini, habría tres formas de ver a la interpretación:

- a) Interpretación cognitiva: identificar los posibles significados, y sin elegir ninguno (que se asemeja a una interpretación en abstracto).
- b) Interpretación decisoria: elegir entre uno de los posibles determinados o determinables por la cognitiva, descartando los demás (si esa decisión es para aplicarla en un caso, sería la interpretación en concreto).
- c) Interpretación creativa: atribuye un significado nuevo distinto a los obtenidos por la cognitiva, de lo cual se desprende que no es interpretación propiamente dicha (2010, p. 35).

El autor señala que la primera sería una operación científica y las otras dos operaciones tendrían un carácter político. Toda esta explicación sirve para realizar una crítica de la interpretación “que se remonta a las doctrinas de la Ilustración” donde “la interpretación consiste en descubrir el <<verdadero>> significado objetivo de los textos normativos”, presupone un significado unívoco de la norma y “el poder judicial no es más que un <<poder nulo>>. De esto se sigue que los enunciados interpretativos (...) pertenecen al discurso descriptivo” (Guastini, 2010, pp. 39-40). Esta postura, según el autor, al día de hoy aparentemente no es compartida por nadie ya que desconocer la equivocidad del ordenamiento jurídico es desconocer su ambigüedad y su vaguedad, y “De hecho, todo texto normativo es susceptible de interpretaciones diversas, sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables” (Guastini, 2010, p. 42)

Se debe entender lo que significa la ambigüedad de un texto: se da cuando el texto tiene diferentes significados desde el punto de vista semántico, es decir, puede ser usado en diferentes *contextos* (López, 2018, p. 215). El problema, es que, al comunicar, se suele saltar de un contexto a otro, sin notarlo (Recas, 2006, p. 23). La cuestión de la vaguedad, por otro lado, se expresa en las estructuras lingüísticas, porque las palabras tienen un contenido tan amplio como impreciso: siempre que se interpreta una comunicación, con absoluta frecuencia no se logra transmitir un mensaje con fidelidad; en definitiva, casi siempre es diferente lo que se dice de lo que se entiende.

Varios autores como Dworkin o Guastini han tratado la equivocidad del derecho, como un elemento principal; el lenguaje jurídico al no ser exacto -racional- y su intérprete, al tener que tomar decisiones discrecionales, pone en conflicto el carácter del derecho como fenómeno *autoritativo*, pues si la decisión del juez no sigue estrictamente el mandato del soberano, ya no se puede decir que el derecho tenga esa característica, al menos no de manera propia. Esto

enmarca la atención del derecho en saber en qué contexto se está hablando, porque no funcionan en el mismo nivel ontológico los enunciados normativos que las proposiciones normativas. Del nivel ontológico depende la calificación que se les puede dar como “verdadero” o “falso”; “correcta” o “incorrecta” a las proposiciones normativas.

Aspecto que se aborda desde las obras de Kant, *Crítica a la razón pura* (1781), *Crítica de la razón práctica* (1788) y *Crítica del juicio* (1790). El asunto se puede resumir en que los tres campos analizados por Kant -ciencias, ética y estética- no tienen la misma estructura lógica ni lingüística. Descubrir y justificar reclaman estructuras diferentes que se guían por diferentes formas de argumentar (la argumentación está estrechamente ligada a la interpretación como se verá en la p. 96). En el de descubrimiento corresponde formular hipótesis. En el contexto de justificación, al juez le corresponde explicar que su decisión es la correcta entre las que le ofrece una disposición normativa. Pero el método dogmático-normativo simplifica mucho el esquema, porque al juez lo que le corresponde es deducir el único significado posible (Atienza, 2005, p. 4).

Hoy en día es aceptado en el derecho que el juez debería limitarse a justificar su decisión con base a las reglas y principios del ordenamiento jurídico. Es menos aceptado que el juez esté en el contexto de descubrimiento, porque el juez no crea derecho (Atienza, 2005, p. 4), pero según la teoría de Guastini sí lo hace, a través de normas implícitas o pseudo lógicas y se sostiene que aquello, en realidad, no es poco común, sino lo contrario (Como se vio en las pp. 29 y 30). En todo caso lo que sí parece más exacto decir que los juristas justifican su proceso de interpretación.

Pero, para que la justificación que hacen los jueces de su interpretación, tenga sentido primero hay que preguntarse ¿Todo en el derecho tiene presupuestos válidos y coherentes? O suponiendo que exista una norma hipotética fundamental que sustente la validez de todo el

sistema -como lo pretende el sistema autorreferencial del positivismo-, la pregunta sería puede siempre ¿La norma hipotética fundamental ser inequívoca?

Luego de que la dogmática jurídica se haga esta pregunta, se puede decir que el derecho caerá en un pesimismo o en un escepticismo, y adoptará el positivismo ya solo como remedio a sus límites y no en sí como una respuesta racional (Calvo, 1994, pp. 101-114 y 144-162), desde aquí -parece- que la ley es un fin en sí mismo. Sin embargo, lo importante del tema es que, desde la luz de la diferencia entre contexto de justificación y de descubrimiento, parten muchos análisis que lo que hoy hace la lógica jurídica para hacer que su interpretación sea formalmente válida y correcta, como se ve en la obra de Atienza al explicar el pensamiento de MacCormick (Atienza, 2005, pp. 105-125).

El lenguaje de los contextos y su respectiva validez esta difuminado en el lenguaje jurídico cotidiano. Considero que es un lenguaje formalmente válido, pero únicamente en el plano instrumental, donde -muchas veces- no importa la relación de la lógica con la realidad material. Lo cual a su vez recae en lo inexorable que es el uso de dogmas que funciona como columnas para el método dogmático-normativo, como cuando se refiere a un <<sistema>> jurídico: pleno, con unidad y coherencia.

La regulación de la conducta mediante normas generales exige, básicamente, la selección de un conjunto finito de circunstancias relevantes. Cuando son ordenadas sistemáticamente mediante una relación de consecuencia lógica, las normas jurídicas no pueden dar una solución completa y coherente para cualquier situación, preservando simultáneamente la relevancia de propiedades que no han sido consideradas por el legislador. (Navarro, 2007, p. 18).

Se puede recordad el aforismo romano que indica *lex dura, sed lex* lo que era una forma de ver al derecho como obediencia, pero considero que ello trae enormes despropósitos, un ejemplo histórico es la muerte de Sócrates. Los exégetas afamados por su conocimiento en

leyes y una aplicación rigurosa de la ley consideraban que solo la fidelidad al texto es lo más importante, pero como se ve es difícil de sostener que existe una única interpretación posible para una norma. Al ser, la ambigüedad y la vaguedad problemas del lenguaje y de las normas, mismas que están presentes y recorren siempre la interpretación jurídica (como lo hará notar en el siglo XX el denominado “giro lingüístico”), lo que realmente hacen los criterios de interpretación de la ley es buscar la unidad, plenitud y coherencia, para construirla, no para descubrirla. Entonces, no es la fidelidad al texto lo único que importa.

Los criterios de interpretación de la ley del método dogmático-normativo, como se ha visto, solo investigan la norma formalmente o, a lo sumo, la subjetividad o la objetividad de la norma, pero no analizan la subjetividad del intérprete. Pero, la indeterminación del derecho además de encontrarse en la vaguedad y ambigüedad del lenguaje y de las normas, se encuentra sobre todo en la subjetividad del intérprete -elemento que simplemente no se puede eliminar-. La dogmática tradicional pretende negar la importancia de la subjetividad del intérprete y logra tan solo enmascarar su participación en un halo de formalidad y hacer que la ideología del juez pase como algo propio de la norma.

Sin embargo, esta visión no parece suficiente. Serán necesario los aportes de Toulmin, y en general los de las teorías precursoras y estándar de la argumentación jurídica que se desarrollan a partir de la segunda mitad del siglo XX, porque son estas teorías las que demuestran que al tener el derecho elementos de la tópica y la retórica, el derecho se maneja también con elementos de la lógica informal (a la que se hizo referencia en la página 13), dado que el fenómeno principal es la norma, pero en ella es importante no solo sus elementos formales, sino su justificación externa o material, una lógica informal (Atienza, 2005, pp. 29-32).

1.5 La hegemonía de la dogmática jurídica.

Hay que advertir que, si no se percata de las dificultades problemas de la interpretación, se corre el riesgo de no caer en cuenta que, la segunda vez que se debe realizar una interpretación de la misma norma, se estará rodeado de las ideas de la primera vez, lo que se denomina una pre comprensión; en definitiva, este es un proceso dialéctico determinado, por su relación entre objeto y sujeto.

Concierne en este momento, hacer una advertencia sobre la dogmática jurídica, por su papel como fuente del derecho, y, con ello, la importancia que tiene para la interpretación de la norma jurídica. Para lo cual, debe tenerse presente una de las definiciones más simples del derecho: un instrumento para el uso legítimo de la fuerza y del poder. Como se sabe, esto es lo que le dota de una de sus principales características: la potestad de la coerción, consecuentemente esto lo permite al derecho tener un lugar *hegemónico* dentro de la estructura social.

Antonio Gramsci (1891-1937) luchando el territorio político con el fascismo de Mussolini fue quien posicionó el uso del concepto de “hegemonía” tal como la conocemos ahora: el ascenso y mantenimiento de una ideología dominante, donde por medio del lenguaje y otras instituciones, la cultura que impera se subsume como propia en los dominados. Un estudio sobre el uso de este concepto en Gramsci describe la estructura hegemónica:

(...) se conforma un bloque histórico de perfecto entrelazamiento entre la estructura y las superestructuras, entre los intereses corporativos de cada sector social y un orden administrativo y legal, una autoridad aceptada, unos valores compartidos (...) Ahí convergen muchos de los rasgos distintivos del populismo: la constitución del sujeto colectivo “pueblo”, el tipo de discurso empleado, etc. (...) Para el sardo la “relación de hegemonía es necesariamente una relación pedagógica”. (Álvarez, 2016, pp. 6-7)

La relación histórica entre *potentia* y *potestas* dio paso al establecimiento de una jerarquía de unas formas de vidas. En el medio de esto se encuentran los criterios de interpretación de la ley como vínculos y como límites, si se me permite usar la expresión de Alexy; por tanto, se debe tener presente el funcionamiento de esta estructura hegemónica que mantiene la dogmática jurídica que no suelen posibilitar los usos alternativos que puede tener el derecho.

Para diferenciar la maquinaria de poder que significa el derecho de las ideas y valores hegemónicos que lo sostienen, es oportuno tomar el concepto de *dispositivo de poder* creado por Michael Foucault. Para entender este concepto, se ha analizado el texto de Giorgio Agamben “¿*Que es un dispositivo?*”; se cita un fragmento extenso del mencionado texto para clarificar lo que aquí se entenderá por dispositivo, sin poder eludir una cita *in extenso*:

Si "positividad" es el nombre que, según Hyppolite, el joven Hegel da al elemento histórico, (...) entonces, tomando en préstamo este término, que se convertirá más tarde en "dispositivo",

Foucault toma partido respecto de un problema decisivo y que es también su problema más propio: la relación entre los individuos como seres vivientes y el elemento histórico. Entendiendo con este término el conjunto de las instituciones, de los procesos de subjetivación y de las reglas en que se concretan las relaciones de poder (...)

Tratemos de examinar, ahora, la definición del término "dispositivo" que se encuentra en los diccionarios franceses de empleo común. Éstos distinguen tres sentidos del término:

1) un sentido jurídico en sentido estricto: “el dispositivo es la parte de un juicio que contiene la decisión por oposición a los motivos”. Es decir: la parte de la sentencia (o de una ley) que decide y dispone.

2) un sentido tecnológico: “la manera en que se disponen las piezas de una máquina o de un mecanismo y, por extensión, el mecanismo mismo”.

3) un sentido militar: “el conjunto de los medios dispuestos conformemente a un plan”

Todos estos sentidos, los tres, están presentes de algún modo en el uso foucaultiano (...)

Ciertamente, el término, tanto en el empleo común como en el foucaultiano, parece referir a la

disposición de una serie de prácticas y de mecanismos (conjuntamente lingüísticos y no lingüísticos, jurídicos, técnicos y militares) con el objetivo de hacer frente a una urgencia y de conseguir un efecto. (Agamben, 2011, pp. 251-254)

El concepto de *dispositivo*, puede ser entendido entonces como una maquinaria de poder, una red de conocimientos que dominan la forma en la que se entiende determinado campo de comprensión en el que funciona; pero para tener un acercamiento más directo al término tomemos una cita que Agamben toma del propio Foucault:

Lo que trato de indicar con este nombre es, en primer lugar, un conjunto resueltamente heterogéneo que incluye discursos, instituciones, instalaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, brevemente, lo dicho y también lo no-dicho, éstos son los elementos del dispositivo. El dispositivo mismo es la red que se establece entre estos elementos [...] Así, el dispositivo siempre está inscrito en un juego de poder, pero también ligado a un límite o a los límites del saber, que le dan nacimiento, pero, ante todo, lo condicionan [...] Esto es el dispositivo: estrategias de relaciones de fuerza sosteniendo tipos de saber, y [son] sostenidas por ellos (Foucault, citado por Agamben, 2011).

En los ordenamientos jurídicos modernos de Europa continental y Latinoamérica, se considera que la fuente principal del derecho es la ley. Sin pretender quitarle esa importancia, este apartado pretende revisar la tensión que existe entre esta fuente “principal” frente a la dogmática que podría verse erradamente como una fuente secundaria. Esa tensión podría expresarse entre lo que *dice la norma* y lo que *se dice de ella*. El primer caso, sería esa fuente “principal” del derecho, el texto escrito de la ley; la otra fuente (lo que se dice de ella)

vendría a ser la dogmática, que tiene como principal función explicar las palabras de la norma jurídica y del ordenamiento jurídico.

A veces la dogmática construye conceptos que son elevados a ley –positivados-. Especial atención merece la utilidad que tiene aquí el hecho de que la dogmática del siglo XIX (especialmente Savigny, Geny y Jhering) construyó los criterios de interpretación de la ley y que, al estar prescritos en la ley, pasaron a ser reglas vinculantes para establecer la forma en la ley debe ser entendida. Nótese como la dogmática europea del siglo XIX al enfrentarse a una tarea compleja de interpretación considero oportuno contar con criterios determinados en la ley para entender la misma. Una vez prescritos los criterios de interpretación de la ley (gramatical, lógico, teleológico, sistemático e histórico) el juez pasa a no tener un rango abierto de posibilidades para interpretar la ley, sino las formas en las que la propia ley prescribe que se debe hacer, negando los demás.

Pero no hay que olvidar que el trabajo principal de la dogmática jurídica es explicar las palabras de la ley y su funcionamiento sin un sentido auténtico¹⁴, no crearlo, como se puede colegir cuando Guastini explica lo impropio que es aplicar el derecho de acuerdo a normas implícitas de la dogmática (Guastini, 2010, p. 33). A muchos, esta función de la dogmática les parecería que es secundaria, pero considero, que es de *vital* jerarquía para la interpretación porque permite aprender y entender no solo su significado, sino también el uso y el funcionamiento que tiene una norma.

La dogmática jurídica juega un rol cardinal en la red que articula el dispositivo que el derecho es. Esta sección de la red (la dogmática jurídica) es lo que almacena, sostiene y articula las ideas hegemónicas que se encuentran en la base del derecho y sus normas. Aunque se explicita muchas veces el carácter político del derecho, la dogmática jurídica tradicional como la de Kelsen pretende ser neutral y objetiva al construir una teoría. Creo que

¹⁴ Lo cual es lo único que le diferencia formalmente de la tarea del legislador al producir normas jurídicas, pero es una diferencia crucial para el derecho.

Kelsen se da vueltas para explicar en qué nivel se ubica “la pureza” de su teoría para defender que la teoría del derecho debe ser autónoma, pero que tan cierto puede ser eso si los valores, principios y reglas necesarios para el funcionamiento del sistema naturalmente emanan de los conceptos hegemónicos de la sociedad, es decir, la concepción tradicional explicita el carácter político de la dogmática pero trata de tender un velo sobre si para marcar distancias con lo que ello significa: la ideología y axiológica jurídica, como si se pudieran separar¹⁵.

A la luz de ello, se puede decir que los criterios de interpretación de la ley en realidad forman parte de un entramado de conceptos como *la fidelidad* a la voluntad del legislador -o a la finalidad de la ley- (Hernández, 1986, p. 184), o la noción del derecho como sistema que se enmacara en una visión del ordenamiento como totalidad (Calvo, 1994, p. 75). Conceptos que me parecen útiles, pero no son imprescindibles. Sin embargo, la carga hegemónica que sutilmente mantienen estos conceptos jurídicos, que han sido *juzgados* como pertinentes dentro de la dogmática jurídica, será gradualmente reiterada, remedada, repetida o reinterpretada por las sentencias judiciales elevándolos al *status* -casi- de dogma. Mientras el texto de la norma no cambie, pues al cambiar tendrán que existir nuevas interpretaciones; y pese a ello, considero que de todas maneras el cambio mantiene siempre algo de la dogmática anterior que influye en lo actual.

¿Se puede saber qué dice la norma sin saber que lo que se dice de ella? La respuesta tendría que ser sí, cualquier persona puede interpretar las palabras de la ley, si conoce el significado de las palabras del enunciado jurídico que se le presenta. Pero, es preciso decir que solo el jurista podría decir con propiedad el significado de tal enunciado, porque además de saber el significado de las palabras, *conoce*¹⁶ su uso dentro del derecho.

¹⁵ Sobre este aspecto se profundizará en el apartado 1.6 *El sentido político de la razón, la tópica y la retórica dentro del método jurídico, aplicado al constitucionalismo*.

¹⁶ Conocer en el sentido de tener *poder* de conocimiento, manejar el sistema.

Sintetizando, lo medular es que el Estado y el derecho tienen una función hegemónica y la dogmática jurídica al estudiarlo suele expresar esa hegemonía formando parte de lo que Foucault denomina un *dispositivo de poder*; este trabaja internamente a través de redes de ideas que han sido construidas históricamente, las mismas que expresan acuerdos sociales pero también dominación; un proceso subjetivo y dialéctico de numerosos autores del derecho que sostienen que, al ser una de las fuentes del derecho, los jueces usarán repetidamente conceptos que, en definitiva, colman el contenido de la norma y del sistema integrando el texto de la ley, tejiendo continuamente la red de conocimientos que constituye el dispositivo de poder —el derecho—; un proceso dialéctico en espiral que subsume y fetichiza valores (Dussel, 2010, pp. 40-47) y (Echeverría, 1998, pp. 160-197).

Las redes de conocimiento hegemónico están diseminadas en el dispositivo y concluyen siendo la matriz axiológica de la aplicación del derecho, como lo expresa Correas:

El mundo burgués se construyó alrededor de varias convicciones, ficciones, ideologías. El mito de la soberanía es uno de ellos, la idea de la representación, otro, los derechos del hombre, una de las convicciones más queridas, el derecho subjetivo, una estrategia discursiva que genialmente pone en manos del dominado el resorte de la dominación: la acción ante los jueces estatales —no cuales quiera conciliadores— se convierte en el punto nodal de la autogestión del sistema mercantil (Correas, 2004, p. 32).

Correas se referirá como un ejemplo concreto a la seguridad jurídica, en estos términos:

Esta necesidad de la sociedad mercantil obtuvo su correlato en el mundo jurídico, y en eso consiste la ideología de la seguridad jurídica: el derecho, los jueces, mejor dicho, otorgan a los actores sociales “seguridad”, esto es, capacidad de previsión, respecto de los valores que portan.

Esto es también la famosa “racionalidad” moderna: la “instrumental”, la que permite elegir el menos costoso de los métodos para producir y ganar. La seguridad jurídica no es un conjunto de leyes que específicamente ordenen alguna conducta, sino de una ideología que se retransmite en las facultades de derecho (Correas 2004, p. 33)

Al final la dogmática no solo describe el ordenamiento jurídico, sino que ayuda a construirlo a través del momento de la interpretación del juez; la interpretación plasmada en la sentencia termina siendo una combinación entre las fuentes del derecho, sobre todo las partes subjetivas y objetivas de la ley, lo que se dice de ella (la dogmática) y -como dice Guastini- la ideología del propio juzgador (2010, pp. 32-33).

Las ideas de la dogmática jurídica participan de relaciones de reproducción de la norma; en este proceso su forma, tributaria de una ideología, continúa determinando el ambiente, siendo este proceso una conservación de las formas sociales ¿Cómo entender el grado de influencia de los dispositivos en el pensamiento lógico del derecho? ¿Cómo interpretar en el derecho con la atadura al contenido hegemónico de la dogmática jurídica?

Preguntas relevantes que pueden resultar perniciosas por el peso de las ideas que guarda la dogmática jurídica debido a que ciertos conceptos pasarán a ser hegemónicos, negando otros posibles (Dussel, 2014, p. 30). La dogmática jurídica, al guardar en sí varias concepciones, es un engranaje complejo, al estilo de frenos y contrapesos (si se puede usar la imagen de Montesquieu en este concepto de Foucault) que sofistica las instituciones, y que suele sobrepasar la capacidad interpretativa que puede tener un juez, siendo entonces ya no solo la norma la que ata la actividad de este, sino también el entendimiento que la dogmática ha dado a esta norma.

En definitiva, la interpretación de las instituciones jurídicas como el matrimonio, la posesión, la propiedad, el delito de tortura, la precarización laboral, la contratación colectiva, etc. debe hacer posible que se actualice las normas que lo integran pero la red de

conocimientos suele imposibilitarlo porque esta “inscrito en un juego de poder, pero también ligado a un límite o a los límites del saber, que le dan nacimiento, pero, ante todo, lo condicionan” (como establecía la cita arriba transcrita de Foucault).

Cada interpretación mantiene una parte del elemento históricos –de la *potentia*- de la dogmática como dispositivo, como otros que interactúan con el derecho como el Estado, la familia, la episteme o el lenguaje. Las propias herramientas de análisis del derecho, como la lógica y la dialéctica son estructuras que pueden irrumpir en la percepción de la realidad del derecho, generando prejuicios; su uso puede muchas veces ser necesario, pero no se puede eliminar su sesgo; con el paso del tiempo se va engrandeciendo el rodillo de la historia, que cada vez más se torna más desigual entre ruptura y continuidad, entre novedad y hegemonía.

De ser necesario un uso alternativo del derecho, es forzoso comprender las características de la hegemonía para la interpretación de las normas. Se trataría de que el rodillo del proceso histórico (un engranaje de dispositivos que generan pre-comprensiones en la conciencia) no sea mayor que la capacidad de construir (interpretar y actualizar) conceptos, porque para administrar justicia se debe tener la oportunidad de *criticar conceptos hegemónicos* (Foa, 2013, p. 149) y (Vértiz, 2013, p. 253). La dogmática jurídica debe entender el funcionamiento de los dispositivos y las relaciones entre sí, dado que participa de esta estructura construida a través de la historia de concepciones ideológicas que tiene *normas implícitas* que están en el derecho puestos, en parte, por la dogmática jurídica o por los sentimientos de justicia de un juzgador (véase pp. 29 y 30).



2 Capítulo II *LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS MÉTODOS*

2.1 El círculo hermenéutico y el giro lingüístico en la interpretación constitucional.

El siglo XX marcó el apogeo del método dogmático-normativo en Europa y Latinoamérica, pero también su decadencia. Los aportes de otras ciencias como la sociología, la psicología, la epistemología entre otras ayudaron a abrir caminos para el avance de la dogmática jurídica. Se elaboraron aportes importantes dentro del estudio del lenguaje lo que pasó a denominarse el “giro lingüístico” de las ciencias sociales. Estudios sobre la interpretación llevaron a la creación de “la nueva hermenéutica”. Dos temas que pueden usarse como herramientas de análisis y que influenciarían al derecho, aunque me parece que tal vez no tanto como debería, teóricamente la dogmática jurídica una que otra vez habla de la utilidad que tiene, pero en la práctica del derecho raramente se hace énfasis en estos planteamientos.

En estas líneas se verá que son elementos significativos para la práctica del derecho. Por un lado, se expondrá una breve historia de la hermenéutica, para esclarecer que entiende la nueva hermenéutica sobre el círculo hermenéutico; luego se hará una referencia a las principales concepciones del “giro lingüístico”, para, finalmente, concluir con una reflexión sobre los aportes que estos temas entregan al modelo constitucional de método tópico-retórico que será materia de estudio en el siguiente apartado.

2.1.1 El círculo hermenéutico

Primero, es oportuno puntualizar que hermenéutica es *el estudio* de la interpretación. En un inicio, la hermenéutica tenía como tarea estudiar la manera de entender la transmisión de mensajes divinos sin variarlos. Esto debido a que al comunicarnos se puede pecar en la inexactitud del *entendimiento* y sus *expresiones* (la comunicación), y nace luego una pretensión de tratar de averiguar dónde recae la imperfección de estas dos (Recas, 2006, p. 21).

Por tanto, la hermenéutica en un principio fue vista como el estudio de como *trasmitir un relato sin desvirtuarlo*, lo cual es una tarea compleja, aunque pueda parecer sencilla. Pero J. Recas en su libro *Hacia una hermenéutica crítica* (2006) hace un recorrido por la historia de la hermenéutica, donde establece siete grandes etapas, cada una con una visión distinta sobre hermenéutica: Antigüedad y Medioevo, Renacimiento y Reforma, Racionalismo e Ilustración, Romanticismo, Historicismo y Hermenéutica ontológica. En definitiva, Recas al intentar atizar con una conceptualización que comprenda buena parte de las diferentes corrientes explica que hermenéutica es el metalenguaje de la comunicación (2006, pp. 21-33).

En cada una de estas etapas existen varios elementos a tener en cuenta, más por el espacio solo se puede mencionar unos pocos de ellos: Platón, representante de la hermenéutica de la antigüedad, entendía a la hermenéutica como una *simple actividad de traducción*, explica Javier Recas. Por otro lado, en la época medieval el pensamiento de San Agustín -según Recas- hacía referencia a que el sentido de un enunciado *reside al interior en un acto de vivencia espiritual* (San Agustín es reconocido por su forma trídica de ver el mundo y la hermenéutica). Desde el Renacimiento existe un prolífero estudio de la hermenéutica, donde existen complejas comprensiones como las de Flacius quien entrega a la hermenéutica una *función normativa*, para establecer las reglas con las que se debe interpretar los textos sagrados; Schleiermacher la entiende como *el arte de la comprensión empática* o Dilthey quien aporta con un *sentido metodológico de la hermenéutica*. (Recas, 2006, pp. 31-71)

Existen otras ideas que Recas explica y que no deberían quedar fuera de estas líneas, como las que anota de Gehard Ebeling, que establece una distinción tripartita del concepto de hermenéutica: afirmar (expresar), interpretar (explicar) y traducir (hacer de interprete), las tres formas en las que se comprende. Lo cual es una concepción que se encuentra dentro de la raíz etimológica griega, es decir, el verbo *hermeneuein* y el sustantivo *hermeneia* que está asociado al nombre de Hermes, quien fuera el mensajero de los dioses para transmitir sus

requerimientos a los hombres (Recas Bayon, 2006, p 35), idea interesante de Ebeling y del mundo helénico sobre interpretar porque reduce a la interpretación a una tarea subsidiaria de los textos.

Pero, la primera parte del libro de Recas termina con su recorrido con los aportes de Heidegger (1889 - 1976) y Gadamer (1900 - 2002), quienes a la interpretación le establecen la función de ser la *compresión* misma, la forma misma de *estar* en el mundo del ser humano. Estos filósofos son quien determinan que los prejuicios no deben ser vistos como obstáculo de la razón (como se los veía en la ilustración) sino parte de esta (creo que para no darle un sentido peyorativo sería mejor llamarle memoria antes que prejuicios) (Recas Bayon, 2006, pp. 72-80).

Esto dio paso a construir uno de los aportes principales de Heidegger, el círculo hermenéutico, que representa un punto de no retorno en los debates de las ciencias sociales: este término se emplea para caracterizar que la comprensión del ser humano no se encuentra en las peculiaridades del objeto ni dependen totalmente del sujeto cognoscente, sino que es una relación dialéctica entre estas dos partes que, por tanto, no tiene una esencia inmanente sino que cambian a través del tiempo -del devenir-, una ontología del mundo no esencialista como la caverna de Platón, donde el límite de la comprensión es la relación misma entre sujeto y objeto.

Frente a ella, se considera hoy que el conocimiento es conjuntamente objetivo y subjetivo; que el sujeto cognoscente se introduce a sí mismo en el "horizonte del conocer" y, en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a construirlo. Y así, respecto al Derecho, no se reduce a "subsumir" el caso bajo la ley, situándose completamente fuera, sino que cumple un papel activo de construcción en la denominada "aplicación del Derecho".

(...) Siendo la captación del sentido una actividad no meramente receptiva, consiste siempre ante todo en un auto entendimiento del sujeto. Para hacer que el texto hable, el intérprete ha de acercarse a él disponiendo de una "noción previa" (Josef Esser), un "prejuicio" (Hans-Georg Gadamer), que podría considerarse "como un caso de culpa *in contrahendo*". (Kaufmann, 1996, pp. 14 - 15)

Heidegger, autor del libro *Ser y tiempo* [1927], explica que solo conocemos a lo largo de la historia las *entidades* del ser -su cosificación-, nunca su ontología (lo que está "detrás" de la cosa), porque no existe tal ontología, sino que en el devenir al cosificarse aparece en diferentes posibilidades, es el *ser* es en el tiempo (Leyte, 2015, pp. 72-76). Esto es lo que se llamaría conjuntamente con las ideas posteriores de Gadamer la hermenéutica ontológica, que definen el devenir dinámico de la relación entre sujeto y objeto en un círculo hermenéutico. Esta es una relación inseparable que los conforma en un proceso espiral grava a la interpretación de una carga de preconcepciones y, a la vez, de un espíritu creador inusitado, ya que no se trata de describir lo que es, sino de descubrir lo que fue y actualizarlo a lo que puede-debe ser (Recas, 2006, p. 72-79).

Esta ontología hermenéutica no es reductible a un método analizable a través de un logos, sino que el comprender es previo a todo ello, no se puede tematizar con precisión sobre ello, porque el lenguaje es ya expresión de esta ontología humana, tematizar en exceso incluso es oscurecer los significados (Leyte, 2015, pp. 39-45). Esto es contrario a la racionalidad tecnológica que inicia en la Ilustración, que guarda en sí el ideal de la razón absoluta -las verdades universales o trascendentales- que descansaban en la posibilidad de un método científico perfecto; pero la realidad es que las certezas, la verdad inequívoca, el método perfecto, no existe, y no se puede garantizar que el método sea guía inequívoca para encontrar una forma trascendental de justicia.

De Sousa critica la racionalidad instrumental de la modernidad, que tenía promesas como las de alcanzar de más libertad, igualdad y dominio sobre la naturaleza, predicamentos que cayeron en desgracia. Esto sumado a los presupuestos de la modernidad que ya no se pueden sostener (anotados en la página 24), hace que cuatro siglos más tarde de que Descartes abanderara estas ideas, según De Sousa, han aflorado contradicciones que ponen en cuestión el método con el que se pretendió alcanzar esas promesas sociales y científicas. En este sentido, De Sousa sostiene que la Modernidad ha fracasado, y que la regulación normativa del derecho ya tiene como fin la emancipación del humano como se deducía de esas promesas iniciales de la racionalidad Moderna, sino que la disciplina paso a ser en la Modernidad tardía un fin en sí mismo (2011, pp. 42-49). En este sentido, De Sousa explica como la relación entre derecho y el poder disciplinario de las ciencias se complementan:

El mismo ideal de un orden social basado en la ciencia, esto es, un orden social en el cual los mandatos de la ley son emanaciones de hallazgos científicos sobre el comportamiento social, ocupa un lugar predominante en el pensamiento social de los siglos XVIII y XIX, desde Montesquieu a Saint Simon, desde Bentham a Comte, desde Beccaria a Lombroso. (2011, p. 42)

Con la ontológica de la nueva hermenéutica, por otro lado, se disuelven las tensiones entre idealismos y materialismos y sus versiones en el derecho, aparece una mirada ecléctica, pero el círculo hermenéutico lejos de simplificar la discusión, genera serias dificultades a la hora de emprender la interpretación de un texto: lo que se hace es enfrentarse a una ontología histórica de diferentes cosificaciones, donde cada momento reúne por un lado una infinitud de ideologías y acciones humanas; y, por otro, una amalgama de circunstancias en las que se desarrolla. El estudio de la relación causal entre el objeto y su significado es exponencialmente más complejo o simplemente indescifrable. La historia de un concepto es un zigzag sin destino cierto, es la historia humana, una síntesis de experiencias y sentimientos

y lo que se ha dicho ella, el derecho no es algo dado sino el resultado de prácticas humanas (sus usos) y obliga a mirar a la interpretación como una tarea que no debe ser pasiva.

2.1.2 El giro lingüístico

Este movimiento que se encuentra dentro de los estudios sociales, enarbola la idea de que no es posible lo cultural sin lenguaje y tampoco se puede interpretar sin signos que comuniquen. Derrida proclamó que ¡no hay nada fuera del texto! (1986, p. 207) [1967], afirmación nada ligera para estar escrito en el libro *de la gramatología*, una obra que estudia el lenguaje con hondura y prolijidad. Pero Derrida es un filósofo de la segunda mitad del siglo pasado; corresponde que retrocedamos en el tiempo un poco, porque en realidad el giro lingüístico de las ciencias sociales tiene su desarrollo desde finales del XIX e inicios del XX. Por ello, y dado la amplitud de temas que se pueden abordar desde el giro lingüístico escogí tres autores importantes de este movimiento como ejemplos de lo central que fue el estudio del lenguaje durante esta época y su influencia. Los dos primeros tienen trascendencia en los inicios del siglo XX y el tercero es clave para el pensamiento posterior a los años veinte de ese mismo siglo.

Uno de los artífices del giro lingüístico fue el suizo Ferdinand de Saussure (1857 - 1913) quien “se propuso sentar los fundamentos de la lingüística como ciencia rigurosa del lenguaje” (Ferrater, 2001, p. 3177). Más precisamente, se debe decir que se dedicó al estudio de la gramática, la sintaxis, la morfología, la fonética y la fonología del francés. Más tarde, estudiaría la estructura del signo diferenciando el significante y el significado y las similitudes de estas estructuras en los lenguajes de las diferentes culturas.

“Varias de las ideas y distinciones básicas de Saussure figuran de modo prominente en las disputas en favor y en contra del estructuralismo” (Ferrater, 2001, p. 3176), entre estas distinciones se encuentran: la diferencia entre el habla y el lenguaje; la diferencia del lenguaje

como actividad y como estructura (que luego la retomaría N. Chomsky); la diferencia del análisis sincrónico y diacrónico del lenguaje. Lo sustancial para el giro lingüístico es que los aportes de Saussure demuestran que “El habla es multilateral y heterogénea, es a la vez individual y social” (Ferrater, 2001, p. 3176).

Se encuentran también como primordiales para el giro lingüístico los aportes del estadounidense Charles Sanders Pierce (1839 - 1914) a quien se le conoce por ser el de la semiótica; y que, tres elementos en la interpretación; el signo, el objeto y el *interpretante*. La idea del interpretante en Pierce enriquece el entendimiento sobre la comprensión, ya este autor entiende que la interpretación entre el signo y el objeto está mediada por un símbolo interior del interpretante, un símbolo subjetivo, autónomo al signo objetivo, que es diferente en cada persona (lo cual se parece a la concepción tripartita de San Agustín, incluso se estaría compartiendo una visión *espiritual* –si se puede decir- de los significados en la interpretación). Al demostrar que el proceso de interpretación está integrado por un elemento subjetivo autónomo a su expresión en símbolo, se encuentra el flujo incesante de creatividad formado por la participación de las personas en el proceso (Peirce, 1974, pp. 9-14).

Para terminar, sin duda, es preciso referirse al austriaco Ludwig Wittgenstein (1889 - 1951) quien influyó en los trabajos científicos del Círculo de Viena, pero no se consideraba parte de él. De acuerdo a los estudios sobre su obra, es necesario observar quizá con mayor atención las contribuciones de su segunda etapa, ya que él mismo rehusó de la primera. En su segunda etapa, Wittgenstein se refiere permanentemente a las reglas del lenguaje como juegos, pues ninguna de ellas tiene una inmanencia ontológica, son solo construcciones aprehendidas, como cuando los niños ponen reglas a los juegos para el goce de su sentido lúdico (Wittgenstein, 2017, p. 6) [1945].

A partir de estos juegos del lenguaje, Wittgenstein explica que cuando se busca el significado de una palabra, existe un *reenvío* infinito a otras palabras (2017, p. 12). Sería

como cuando se justifica la validez de una norma jurídica en otra, y exactamente como pasa ahí, si se podría atisbar en el recorrido al último eslabón de la cadena sería –por decirlo de alguna manera- una norma hipotética fundamental que no encuentra validez en el propio lenguaje. Además, este autor a lo largo de todo su obra defiende la idea de que los significados de una palabra atienden al *uso* que se les da en la vida práctica¹⁷ (Wittgenstein, 2017, pp. 6 ss), lo cual tendría una repercusión significativa en el derecho, por la influencia directa que tuvo este autor en Toulmin, quien sin ser jurista influyó directamente en la dogmática jurídica, sobre todo con su obra “*Los usos de la argumentación*” [1958].

Para esta manera de entender a la filosofía, los problemas filosóficos surgen como diría Wittgenstein, “no tanto por la existencia de algún misterioso o sutil estado de cosas que debamos comprobar sino porque en estos casos un gran número de formas incorrectas de expresarse se entrecruzan unas con otras”. (Navarro P. , 2000, p. 122)

2.1.3 Consideraciones sobre el giro lingüístico y la nueva hermenéutica

Los aportes del giro lingüístico han puesto en pantalla grande un aspecto central: el lenguaje es una construcción cultural arbitraria y, a su vez, todas las construcciones culturales dependen de él. Lo que da fundamento a una era post-metafísica¹⁸ (Bozal, 1999), lo que para el derecho significa la superación definitiva del derecho natural. La interpretación del derecho tampoco es la excepción, sino que es una tarea que está llena de <<lingüisticidad>>, según Calvo, el lenguaje es “el medio universal en que se realiza la comprensión misma” (1994, p. 181).

No se ve más al lenguaje como un lugar neutral (nunca lo fue, pero no se tenía consciencia de ello o no se le daba mayor importancia), sino que es un campo de batalla para la

¹⁷ Lo está unido al concepto central del autor cuando se refiere a *formas de vida* que se encuentra en Wittgenstein, 2017 [1945], pp. 8 y 143.

¹⁸ Lo que además tiene sus antecedentes en Nietzsche.

construcción de las ideas y el posicionamiento de las interpretaciones posibles (Wolkmer, 1987, p. 15). Tal vez esto hoy parece una verdad de Perogrullo, pero como se vio en el primer capítulo, antes se consideraba que existía una racionalidad inmanente que debía ser descubierta en el ordenamiento jurídico.

Lo sustancial para mí, es que el giro lingüístico pone en relevancia el análisis del lenguaje y de los discursos en relación a los contextos en los que fueron construidos; en el caso del presente estudio, los textos jurídicos que se interpretan son muestra de ello, tienen un contexto en el que fueron creados y otro en el necesitan ser aplicados. Aunque el intérprete decida hacer una interpretación diacrónica, necesita ser consciente de ello para un adecuado funcionamiento del derecho. El estudio el lenguaje sirven para analizar los caracteres objetivos de la norma a través las reglas de la sintaxis y la semántica; pero también en el lenguaje existen elementos subjetivos, debido a que en el interior del lenguaje los que existe son *razones* tanto del legislador, como del juzgador y el que ostenta derechos subjetivos, estas razones pueden ser pretensiones de cada uno, que se corresponden con diferentes *formas de vida* y a su vez estas tienen relación con un *uso* particular del discurso jurídico, lo cual demuestra la relación del lenguaje con la interpretación jurídica (Atienza, 2005, p. 83),

En cuanto al círculo hermenéutico en el derecho, me parece que la ontología heideggeriana permite no reducir el fenómeno jurídico únicamente al derecho positivo y no reducir la interpretación a una única respuesta correcta, esto debido a que: el Derecho vigente siempre cambia, cuando existe un caso, el derecho positivo tendrá una singularidad única (el *dasein*¹⁹ *del derecho*), distinto a todo caso anterior, e ineludiblemente se debe interpretar según la *facticidad* del presente caso que tiene otro tiempo-espacio (el *dasein del mundo externo al derecho*). Obtener una interpretación correcta depende de la conjunción de la totalidad -la

¹⁹ Es la palabra que usa Heidegger para expresar *ser ahí*, es decir, una manifestación de algo en un tiempo-espacio determinados (Leyte, 2015, p. 43).

conjunción *de lo jurídico y la realidad*-, no solo de una aplicación forma del ordenamiento jurídico.

Siempre que se interpreta el derecho para el caso se acumula un prejuicio más a la mente del interprete, a la jurisprudencia y a la doctrina; ese momento del derecho pasa a ser (en términos de Dussel (2014)) una determinación determinada determinante que forma parte de la totalidad, por tanto, el derecho positivo nunca es igual porque cambian las normas, cambian las interpretaciones, se transforma realidad y esa interpretación, por tanto, se encuentra desactualizada, es una interpretación de una manifestación histórica²⁰ desactualizada. Adherirse a esa interpretación como la única interpretación posible en casos futuros sería un error, significaría caer en la hegemonía de conceptos, aunque las interpretaciones pasadas sirven para entender mejor las que se deben enfrentar en el presente.

Por lo que, con el giro lingüístico y el círculo hermenéutico, se derrumban la noción de que el significado de un texto se encuentra encriptado en las palabras de la ley como entelequias²¹, o la idea de que el existe un sistema cerrado de reglas²², sino que, como dirían Wittgenstein y Toulmin el significado de las palabras son los *usos* que queremos de ellas, es decir, depende de la práctica, por lo que, el sistema debe estar abierto. El límite de la interpretación formal es el lenguaje y las reglas del derecho vigente pero el límite material es el uso razonable del lenguaje para que se ajuste a la práctica. El derecho no puede subsistir de deducciones o axiomas trascendentales, sino que la actualización del conocimiento en el devenir es una creación de contenido a partir de las experiencias vitales llenas de facticidad que recorre todo el proceder humano. El proceso jurídico será un círculo mientras no se dote de actualidad a la interpretación, espiral si permitimos una dialéctica creadora entre la norma y la práctica.

²⁰ En el sentido de que pertenece a ese preciso lugar y momento.

²¹ Ya sea en su versión idealista o materialista.

²² Como considera el formalismo.

En conclusión, el giro lingüístico y el círculo hermenéutico aportan a la interpretación jurídica en cuatro aspectos: 1) se explicita que el criterio literal para entender el contenido lingüístico es importante pero, el lenguaje en sí mismo abarca otros elementos del texto; 2) actualmente se conoce mejor la relación entre el lenguaje y el sujeto y de estos con los objetos, textos o prácticas que se interpretan; 3) el método de aplicación del derecho es el silogístico, pero el proceso para obtener una premisa mayor es la interpretación de una totalidad más compleja; y 4) tanto la hermenéutica como la lingüística son en sí mismos métodos o herramientas analíticas para quien se disponga a hacer la tarea de interpretar un texto.

2.2 Del modelo legal al constitucional.

Los desafíos que se plantean en las ciencias sociales hacen que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, en el derecho se pretenda una transformación del paradigma legal a un modelo constitucional, un paso al post-positivismo jurídico en el sentido de intentar dejar el formalismo estricto del paleopositivismo. Desde la visión del derecho como un fenómeno social (Wolkmer, 1987, p. 8) se utiliza la jerarquía formal de la constitución que ya existía en el paradigma legal para que también tenga una jerarquía material y axiológica, es decir, que la constitución sea la fuente de resolución de conflictos para que en la práctica no existan desajustes entre lo que la ley manda y la realidad social exige.

Pero para llegar a ello, primero surgen las primeras constituciones Modernas como la forma jurídica de dar nacimiento a los Estados Modernos que se empiezan a desarrollar a partir de la paz de Westfalia. De Cabello, en un congreso celebrado en la Universidad de Valencia, explica que las primeras constituciones nacen de la mano de Ilustración y de las primeras repúblicas (las europeas y la estadounidense), lo cual da lugar a su vez a tres

elementos fundamentales de estos Estados Modernos: el racionalismo, el igualitarismo y la democracia (De Cabo Martín, 2015).

Las primeras constituciones Modernas fueron un fenómeno que politizó lo jurídico y juridificó la política (De Cabo, 2014, pp. 70-71) pero eran constituciones que estaban sujetas a la racionalidad del paradigma tradicional, es decir, reinaba la lógica formal. El ejemplo claro es la constitución francesa que nace como antípoda del absolutismo. En la monarquía el poder se autolegitimaba, pero desde la revolución francesa la legitimación del poder le concierne al derecho -al menos formalmente-.

Las primeras constituciones Modernas tenían principalmente dos tareas: regular la división de los poderes que propuso Montesquieu y en el impulso de valores políticos de la revolución francesa libertad, igualdad formal y hermandad que debían tener un cauce legal en el naciente Estado de derecho (De Cabo Martín, 2015). Las constituciones de los Estados latinoamericanos del siglo XIX se verían influenciadas por la independencia de Estados Unidos y por la revolución francesa, por lo que, igualmente la tarea principal de sus constitucionales Modernas fue hacer un catálogo de valores escritos y reglas que organizaran el Estado. Dos tareas que, por sí mismas, merecen toda la atención.

El debate jurídico de época de las primeras constituciones estaba plagado de una visión contractualista de la sociedad. Existió una suerte de “cheque en blanco” al legislativo -donde supuestamente reposa la voluntad del soberano-, los otros poderes del Estado estaban subordinados a la producción de norma del legislativo. Al juez de la escuela exegética y del formalismo le correspondía solo aplicarla (De Cabo Martín, 2015) y (Calvo, 1994, pp. 90-97). Por eso la labor interpretativa era reducida a casi nada.

A lo largo de los siglos XIX y XX se discutirá algo que lo explica Calvo en su artículo *La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica* (1986) expresando que cuando una interpretación busca la intención del legislador o la ley más bien lo que se logra

es ocultar la ideología del juez que está llenando vacíos y contradicciones de las normas, detrás de las letras de la ley lo que encuentra son sus propios criterios de coherencia, plenitud y unidad. Como lo explica la nueva hermenéutica y el giro lingüístico en realidad no existe algo uniforme que pueda definirse como *la voluntad del pueblo* como alentaba Savigny en la Alemania de 1814²³; y si lo hubiera, los jueces no están en la capacidad de interpretar algo tan etéreo

El final del siglo XIX e inicios del XX, estuvo marcado por un escepticismo fruto del debate entre las diferentes corrientes del método dogmático-normativo, pero también debido a los aportes de otras áreas como la psicología, la lingüística, la semiótica, la hermenéutica que se vuelven herramientas de análisis, como los que vimos en anterior capítulo. Sobre todo, el desarrollo de la sociología y de la teoría del Estado social es una influencia fundamental para que el derecho sea visto como un hecho social (Bazán, 2010, p. 20) y (Reale, 1996, pp. 7-8) y eso interviene en el modo en que los juristas comprenden la interpretación. Ya no se debe tratar únicamente de los elementos formales de la norma (Calvo, 1994, pp. 101-115). Aparece así, el conflicto entre la parte formal y la parte informal del derecho como lo explica Toulmin (Atienza, 2005, pp. 93-102) dicotomía que aún en la actualidad no se logra resolver; de algún modo seguimos inmersos en la crisis que empezó a finales del siglo XIX con Jhering (Lloredo, 2013, p. 236).

Las sociedades estaban inundadas de conflictos económicos, políticos, culturales, bélicos (Calvo, 1994, p. 144-155). En este embate de la dogmática jurídica –y por tanto el de los criterios de interpretación de la constitución- cada vez más se explicitan las diferencias de orden ideológico, afloran acuerdos y surgen tensiones (De Cabo, 2014, pp. 69-78). Como se ha visto hasta aquí, existían abiertos muchos retos: los diferentes intereses sociales, la organización del Estado, garantizar la aplicación de los derechos, pero, sobre todo, se

²³ Que es cuando Savigny publica su obra *De la vocación de nuestro tiempo por la legislación y la jurisprudencia*.

encuentra en entredicho la visión del método dogmático-normativo sobre la certeza de las reglas, que más bien a veces parece perniciosa para la interpretación: en algunos casos por complicaciones lingüísticas, en otros por dificultades hermenéuticas y otro tanto por razones morales. Problemas que son álgidos en Estados democráticos:

Mutatis mutandi, y según lo plantea Ferrajoli, «la democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el estado, y poder social-directo que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición. (Bazán, 2010, p. 30)

A la par de las críticas del siglo XX, la dogmática jurídica analiza y construye una teoría constitucional que entrega al derecho algo que es capital hoy para su legitimidad: las bases para un sistema autoreferencial y dinámico de legitimación (Calvo, 1994 p. 125-142). Esto fue propuesto esencialmente por Kelsen y Adolf Merkl como cúspide del formalismo, aún no para un modelo constitucional propiamente dicho -pero vital para este-. Las propuestas de Kelsen hacen más rígidas las constituciones. Un sistema de validez escalonado, jerarquizado, donde la norma superior -la constitución- dota de validez a las inferiores (Häberle, 2010, p. 383). La validez de las normas dejaría de atenderse en base a la subsunción lógico-formal de las premisas y pasará a ser un sistema de normas que tiene su validez en el hecho de que estén expedidas por autoridad competente y en la forma establecida en la propia ley, por ello es autoreferencial (Calvo, 1994, pp. 127-128).

En el contexto del desarrollo de la Ley Fundamental alemana, después de 1949 surgieron otras teorías constitucionales que pueden mencionarse aquí: la Constitución como «norma y tarea» (U. Scheuner), la Constitución como plan estructural fundamental para la conformación jurídica de una comunidad (A. Hollerbach). De Suiza procede la teoría de la Constitución como «orden jurídico

fundamental del Estado» (Schindler, 1945) y una comprensión acentuadamente histórica de la Constitución (R. Bäumlin). A H. Ehmke le debemos el entendimiento de la Constitución como «limitación y racionalización del poder y conformación de un proceso político libre» (1953). (Häberle, 2010, p. 383)

Esta forma dinámica de ver el ordenamiento jurídico desde la constitución, inauguró otra forma de hacer derecho (Calvo, 1994, pp. 125-142). La propuesta de Kelsen es, por un lado, que al ser una validez autorreferencial se dota de mayor dinamia al sistema de normas para que no queden obsoletas tempranamente y se cambien de acuerdo a lo prescrito en la ley; y, por otro lado, insiste en no abandonar muchos aspectos de la dogmática jurídica tradicional y más bien perfecciona el sistema de normas que están preestablecidas para que se pueda prever la decisión de un juez. Para esta teoría constitucional de Kelsen la lógica formal es imprescindible (Calvo, 1994, pp. 62-97).

Como dijimos en el apartado de la equivocidad del derecho, Hart abona al tema sosteniendo que el derecho está marcado por una textura abierta (es una característica del lenguaje, como se dijo) que permite que exista una pluralidad de opciones correctas al interpretar un texto. Usar uno u otro criterio de interpretación constitucional resulta igualmente válido, correcto, mientras no se traicione el texto, y más bien es común e ineludible una conjunción de los diferentes criterios, sin un orden de prelación (Calvo, 1994, pp. 146-155).

Después de que el método dogmático-normativo transitara por un camino de revisión (Calvo, 1994, pp. 155-163), a partir de la segunda mitad del siglo XX, se engendra propiamente un modelo constitucional. Las funciones de las constituciones se vuelve un pilar fundamental de los sistemas normativos. Así, es un buen ejemplo, los siete elementos que Guastini explica que fueron necesarios para la <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico italiano:

1. La rigidez de la constitución
2. La garantía jurisdiccional de la constitución
3. La fuerza vinculante de la constitución
4. La sobreinterpretación de la constitución
5. La interpretación conforme a las leyes
6. La aplicación directa de la constitución por parte de los jueces comunes
7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2009, pp. 58-71)

Mediante este esquema que caracteriza bien a los modelos constitucionales se aspiraba a afrontar las necesidades materiales de la sociedad, y también enfrentar los desafíos epistemológicos que se presentan al interior del derecho. Para ello, se promueve una visión nueva para interpretar la norma frente al contexto social: sumar como criterios de interpretación de la constitución un catálogo de derechos extenso y pormenorizado²⁴; una larga amalgama de principios que están dispersos en la constitución y en todo el ordenamiento jurídico para ayudar a solventar los problemas de interpretación -se acota la ambigüedad del sistema jurídico- (Guastini, 2010, p. 31) y aparte también se cuenta con los criterios de interpretación de la ley.

Se rebasa las críticas del método sociológico-normativo (Martínez & Fernández, 1990, pp. 295-296), porque ese método pretendía dejar de lado el análisis de forma y estudiar al derecho como un hecho social. Hacía falta algo que ayudara a acotar el contenido de las constituciones mediante una lógica formal e informal para una dinámica del ordenamiento jurídico efectiva. Sería la conjunción de reglas, principios, derechos y valores como fuente de interpretación de todos los textos normativos.

Se le puede denominar post-positivismo a este sector de la dogmática que acoge un método tópico-retórico debido al agotamiento de la lógica formal (Martínez & Fernández, 1990, pp. 295-300) sin que descarten la importancia de la lógica formal. El método tópico-retórico nace de la mano de las teorías precursoras de la argumentación jurídica donde se

²⁴ Como las siete categorías de derechos que existen en la Constitución del Ecuador.

contemplan los elementos formales del discurso jurídico y el derecho como practica social en construcción dinámica permanente (Atienza, 2005, pp. 29-42).

No olvidemos que el inglés Hart también es representante de la cúspide del formalismo, pero a la vez de una visión sociológica del derecho, desde esa posición es quien explica el carácter de *open texture* que determina al derecho, y -tal vez sin desearlo- deja abierta la ventana a la flexibilización de la interpretación mediante la conjunción de aspectos prácticos y formales:

todos los principios metodológicos son directivas <<derrotables>>: es decir, todo admite excepciones que no pueden enumerarse de forma anticipada (...) además, para cada principio metodológico, siempre es posible encontrar un principio opuesto que conduciría hacia una conclusión interpretativa diferente (...) con la consecuencia de que la argumentación pierde su carácter deductivo (se reduce a un entimema) y por tanto resulta no concluyente (Guastini, 2010, p. 51).

Tanto Kelsen como Hart habían concluido que, en la aplicación de la norma, existe “espacios de no derecho” porque responden a elemento que quedan por fuera de la lógica formal del sistema jurídico. Ese es el caso de la famosa norma hipotética fundamental de Kelsen, que -según él mismo- tendría que ser una norma no jurídica (Calvo, 1994, p. 157). A partir de ello, se puede hablar -por lo menos- de dos tipos de constitucionalismos: uno que trata reforzar el positivismo con un constitucionalismo formalista como son las ideas de Bobbio y Ferrajoli; y, otro que pretende una mirada diferente del positivismo, pero igual constitucionalista, el post-positivismo como lo son las ideas de Manuel Atienza o en nuestro país la mirada de Ramiro Ávila.

En este trabajo interesa de manera especial la segunda corriente debido a que es la que de alguna manera más se acoge a la revisión de las críticas vertidas dentro de la filosofía del

siglo XX que se analizan aquí. Parecería que es infructuoso darle la espalda a esos aportes que son valiosos. Dentro de esta corriente las tesis más difundidas son quizá las de Robert Alexy, que plantea *el principio de corrección* del derecho (Pulido, 2011, pp. 37-40 y 61-64) lo que ofrece un carácter más ampliamente democrático y deliberativo al derecho constitucional. Se propone entregar a todos los interlocutores la posibilidad de debatir acerca de los presupuestos y los fines que se deben tener. Según Alexy, en su obra *Los derechos fundamentales* (2012), en este modelo debemos tener el deber de interpretar las normas de manera que mejor enaltezcan la estructura de una teoría de los derechos.

Esta corriente que actualmente está en boga, reconoce una posición sustancial a la teoría de la argumentación jurídica en el modelo constitucional, por ser el lugar donde se da la *corrección* del derecho (Atienza, 2005, p. 103). Mediante supuestos utópicos, reglas de máximos y mínimos plasmados en la constitución que sirve para exigir que los intereses políticos sean respetados y materializados y que en ellos base su legitimidad el ordenamiento jurídico. Se puede decir entonces que este modelo constitucional contemporáneo se acentúa en una teoría del discurso como la formulada por alemán Jürgen Habermas a partir de su obra *Teoría de la acción comunicativa* 1984 (Atienza, 2005, p. 150).

Dicho de otra manera, Alexy defiende la tesis de que el derecho tiene un doble carácter: uno real y otro ideal (Pulido, 2011, p 30-44), ya que el desarrollo de la interpretación de los derechos forma parte del proceso de corrección moral de la sociedad (Pulido, 2011, pp. 50-51), una *deliveración*²⁵ que va ser fundamental para el contenido de los argumentos jurídicamente validos en base al ordenamiento jurídico positivo. Una interpretación plural de la norma, sin una única respuesta posible, la opción correcta se justificará mediante la motivación del juez para demostrar que materialmente es la más adecuada al caso y con pretensión de universalización.

²⁵ Es por ello importante que hoy en la Constitución del Ecuador en el art. 95 se propicia una democracia no solo representativa sino participativa y deliberativa.

Hay quien observa, como lo hace Roberto Gargarella (2015, p. 170), que no existe en realidad nada que diste entre el primigenio constitucionalismo y el actual modelo constitucional, muchas veces llamado neoconstitucionalismo (Carbonell, 2009), o su variante en nuestra región, el nuevo constitucionalismo latinoamericano (Viciano & Martínez, 2010). Pero mas allá de los nombres con los que se caracterice hay que estar en franco desacuerdo con aquella afirmación porque es notorio que existen cambios en la forma de entender el ordenamiento jurídico²⁶. Si bien esas tareas primigenias encomendadas a las constituciones se mantienen como funciones principales, no se debe decir que estas configuren toda la importancia que tiene hoy el constitucionalismo como modelo jurídico como lo demuestran los elementos estudiado en este apartado, especialmente los esgrimidos por Guastini en su artículo *sobre la constitucionalización del ordenamiento jurídico italiano* y otros elementos que se analizaran en el apartado 2.4.

2.3 La interpretación en el modelo constitucional

2.3.1 Los tipos de normas.

En el medio de las disquisiciones del modelo constitucional nace la teoría de Dworkin en Estados Unidos en la década de los sesentas, donde, principalmente en su obra *Los Derechos en serio* (1989, pp. 103 ss) sostuvo que las normas tipo principios son cardinales para el derecho. Como se acaba de ver, efectivamente, en las constituciones occidentales de mediados del siglo pasado y las posteriores proliferó el uso de otro tipo de normas: las normas tipo *principio* que tendrían una estructura más *abierta*.

El constitucionalismo enfatiza en la naturaleza jurídica de los principios, porque las normas tipo regla se vieron definitivamente en dificultades por las problemáticas sociales que

²⁶ Aunque es realmente lamentable lo que señala Gargarella: “Seguimos contando hoy con Constituciones, en general, tan hostiles a las mayorías, tan inclinadas a favorecer la autoridad presidencial, y tan basadas en una desconfianza hacia la organización popular, como a mediados de 1800: en materia de organización del poder, todo lo demás es retórica (aun los llamados «gobiernos progresistas» de la región, se han especializado en reforzar la centralización y concentración del poder) (2015, p. 170).

provocaron las guerras mundiales y se suscitó la apremiante necesidad de la declaración de los derechos humanos. En este panorama, la teoría de Dworkin criticaba el formalismo excesivo de las reglas que eran útiles para la necesidad de certeza del derecho, pero no suficientes para dirigir el correcto funcionamiento de una sociedad compleja.

Además, con el paso del tiempo las normas tipo regla tendían a fetichizar su contenido, reglas que al ser parte de un dispositivo de dominación -el derecho-, es ardua la posibilidad de criticarlas, como se vio en el cap. 1.5. El derecho constitucional denuncia que deben darse más importancia a las normas tipo principio, y no relegarlas a la última herramienta para interpretar como lo eran los principios universales del derecho en el art. 18 del Código Civil ecuatoriano.

Sin embargo, hay corrientes de pensamiento jurídico completamente reacios a aceptar que el derecho deba ver a los principios como fenómeno importante del ordenamiento jurídico, como Rudolfo Vázquez en su obra *Normas, razones y derechos* (2011), donde expone su idea sobre lo equivocado que es considerar a las normas como razones, como sostiene Manuel Atienza (2005) al exponer cómo participan los principios en los actuales ordenamientos jurídicos, mediante una argumentación racional.

Invoco a Stephen Toulmin para replicar que lo que es verdaderamente irracional, o al menos extraño, es la drástica separación que se ha dado desde el siglo XVII entre los conceptos relacionados de racionalidad y razonabilidad, teoría y práctica, lógica y retórica, y el haber dado prioridad total a la racionalidad, la teoría y la lógica. En contra de toda la historia previa de Occidente, se cargó a la razón con la única tarea de producir necesidades y certidumbres absolutas mediante conceptos abstractos, leyes universales y argumentos formales generales, atemporales, descontextualizados y neutrales. (De Sousa, 2011, p. 46)

Frente a los cambios de paradigmas en las ciencias, en la filosofía y en concreto en el derecho: “La teoría jurídica se pregunta si una adecuada interpretación constitucional se puede hacer contando solamente con las técnicas clásicas de la interpretación jurídica o si es necesario desarrollar un instrumental hermenéutico propio y distinto” (Carbonell, 2014, p. 9). Es justamente para afrontar esta idea y las demandas sociales que las constituciones se desarrollan materialmente ampliando la descripción del catálogo de derechos y expanden el uso de principios.

Actualmente en la práctica ya coexisten las reglas y los principios en los textos constitucionales y en diferentes normas legales. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ejemplos de ello son los artículos del 2 al 10 del Código Integral Penal; artículos del 4 al 28 del Código Orgánico de la Función judicial; artículo 3 de la LOGJCC²⁷; artículo 4 del Código Orgánico Monetario y Financiero; artículo. 4 del COOTAD²⁸; por mencionar solo algunos ejemplos de los cuerpos normativos que se expiden hoy en día y cuentan con un catálogo de principios. Además, no se debe olvidar que la teoría constitucional contemporánea sostiene que en toda regla subyace por lo menos un principio.

En efecto, la gran parte de las disposiciones constitucionales <<sustantivas>>, utilizadas por los jueces constitucionales en las decisiones sobre la legitimidad constitucional de las leyes, no expresan reglas precisas, sino principios generales, los cuales exigen: por un lado, un trabajo de <<concretización>>, para ser aplicados a las controversias; por otro lado, una estrategia de <<ponderación>> o <<balanceamiento>> (Guastini, 2010, p. 72).

De estas tres maneras: dándole valor a los principios, proliferando su uso y ampliando la descripción en el catálogo de los ordenamientos jurídicos, los Estados constitucionales se

²⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

²⁸ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

desarrollan materialmente, dado que permiten efectivizar derechos de formas más directas.

La Constitución del Ecuador, es ejemplo también de este tercer aspecto, al existir una clasificación de los derechos en siete categorías, cuando tradicionalmente se conocían tres “generaciones” de derechos, lo cual es un acrecentamiento innovador del catálogo de derechos.

Para esta proliferación de principios es relevante el debate de la dogmática sobre las características de las normas jurídicas. En general, se debate si existen diferencias entre normas morales, físicas, éticas, etc. aunque no se descarta que todas las normas tengan una misma estructura, y las supuestas diferencias sean solo superfluas y aparentes. La dogmática jurídica discute cuáles son las diferencias entre reglas y principios. El paradigma tradicional consideraba que al derecho le es propio el lenguaje de las normas tipo *regla* de estructura *cerrada* o hipotético-condicional, esto es, que existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, es decir: si H entonces c.

Sin embargo, es certera la afirmación de Sebastián López cuando explica: que “*el problema entre principios y normas no es debido su naturaleza*”, puesto que ambas se ajustan a una naturaleza jurídica (2018, p. 108). Efectivamente, tanto las reglas como principios enuncian el deber ser y, cuando son expedidas por autoridad competente, tienen fuerza vinculante, por lo tanto, ambas pueden ser jurídicas. Si el derecho tradicionalmente consideró que solo las reglas eran óptimas por su posibilidad de ofrecer certeza, lo primero que habría que decir es que no ocurre ningún problema al trabajar con principios, pero lo correcto sería no utilizar principios en perjuicio de la certeza que ofrecen las reglas, sino como una combinación de ambos tipos de normas.

Es más, los principios tienen un uso cotidiano en la ética y la moral; es probable que de ahí provenga su especial forma regulatoria que ha sido revalorizado en la práctica jurídica del modelo constitucional, porque la moral, la ética y el derecho son disciplinas normativas que

igualmente prescriben el deber ser²⁹. En ese sentido, se puede observar la valía de los procesos revolucionarios desde finales del siglo XVIII (Francia y Estados Unidos) e inicios del siglo XX (América Latina y África), que lograron un sustancial vuelco al contenido social que deben tener las normas jurídicas (Fioravanti, 2014, 74 - 80). En esos procesos históricos que sustentan las Constituciones, son comunes las demandas políticas de más libertad, igualdad, justicia, etc., tal vez de ahí proviene que ese contenido encontró una mejor cabida en las normas tipos principios y, a su vez, permiten que se ejerza mejor la razonabilidad del esquema del modelo constitucional tomando a las normas como *razones* y como *garantía* (Atienza, 2005, pp. 84-101)

Por lo cual, hace falta entender cuáles son las diferencias entre reglas y principios, y así ver cómo funcionan los criterios de interpretación en cada norma. Para ello, se seguirá el esquema propuesto por Sebastián López que se pregunta “¿es lo mismo atribuir un significado a normas concretas o específicas que a normas generales y abstractas, o normas de textura abierta –*open texture*- en palabras de Herbert Hart como son, generalmente, las normas constitucionales?” (2018, p. 108).

Según este esquema, la primera diferencia que puede existir entre los tipos de normas nace de la pregunta de López, pues –reglas y principios- son divergentes en su estructura. Como ya se señaló, *Si A entonces p*, es la estructura cerrada de una regla, lo cual permitía en la dogmática tradicional que lo importante sea el método formal de aplicación la subsunción de la norma hipotética deductiva al caso, así se pretende reducir la actividad hermenéutica y creer que el proceso de aplicación es un proceso mecánico. En cambio, la estructura del principio maneja una sintaxis opuesta, su estructura es abierta e indefinida, como estos principios de la Constitución ecuatoriana (2008): *nadie puede ser discriminado* o *ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos*; estructura que deben ser

²⁹ Lo que diferencia a las normas jurídicas es su fuerza vinculante y el poder coercitivo.

interpretados de manera más amplia por la indeterminación de su contenido, ¿Qué significa discriminar? ¿Qué significa restringir? Estos conceptos se vuelven complejos, sobre todo, frente a un caso donde necesitan tener un contenido concreto.

Cabe anotar que, al trabajar con la estructura de principios en el derecho, igualmente se trata con proposiciones formales, por lo que se puede también aplicar la lógica de la deducción de ideas a los conceptos indeterminados que la componen, pero el proceso de identificar el contenido del principio es más complejo con mayor campo de indeterminación. Tanto en el modelo tradicional como en el constitucional, se usa subsunción como también interpretación, pero la interpretación en el modelo constitucional compone una importancia mayor. El contraste es el grado de utilidad que cada teoría le da a estas herramientas en el proceso de aplicación de la norma.

Las diferencias entre estos tipos de normas no son solo de orden estructural, sino que de ella se derivan otras. La segunda diferencia sería que, si las normas tipo reglas, más comunes en el modelo clásico, se identifican con la subsunción, los principios por su parte, se identifican con la ponderación (López, 2018, p. 111). A esto le antecede la explicación que las reglas se resuelven en un ámbito del todo o nada: se cumple o no se cumple el supuesto normativo (la hipótesis) de la regla. En cambio, los principios tienen otra lógica de *derrotabilidad* en concreto. Comanducci y Moreso en (Carbonell, et.al., 2009) abordan el tema de la derrotabilidad de los principios; explican que los principios nunca son derrotados *prima facie* y mantienen siempre su validez, se pueden derrotar tan solo en el caso concreto, ponderando los principios en juego o con otros criterios de interpretación constitucionales.

Los principios funcionan igual que las teorías científicas: hoy la gravedad es universalmente aceptada, hasta que no exista otro principio que demuestre lo contrario. En el modelo constitucional se puede ponderar entre todos los principios pertinentes al caso para integrar la premisa mayor y luego usar el esquema subsuntivo de las *reglas*. El paradigma

legal, conformado primordialmente por reglas, solo podía entregar pautas a seguir en un presupuesto hipotético-condicional (Atienza, 2005, pp. 118-129).

Es aquí donde se suele estimar que tiene a relevancia la *ley de la ponderación, la fórmula de peso y las cargas de la argumentación* que propone Alexy. Propuestas de la dogmática que diferencia la forma de aplicación de los principios por su característica de derrotabilidad; no es deseable que, en un modelo constitucional, el juez aplique la lógica de “todo o nada”, donde las sentencias son *erga omnes* (si la corte decide hacerla vinculante) y, por tanto, tendrá una condición de generalidad especial. Cuando un juez decide que para el caso se debe usar una regla se debe tratar a todos los casos siguientes y semejantes con la misma regla, porque se determinó que la otra es inválida.

En cambio, los principios actúan con una generalidad más abstracta (si se puede decir así) pues no importan que haya sido derrotado en un caso similar, las condiciones del caso serán las que puedan hacerlo aplicable o no, habrá en cada caso que hacer un esfuerzo mayor de interpretar los hechos en relación a todos los principios posibles, sin caer en casuística.

La tercera diferencia de los tipos de normas es: *la función* que puede llegar a tener. Usando la tesis de la doble dimensión del derecho de Robert Alexy: una dimensión ideal y otra real (Pulido, 2011, pp. 40-54), se puede decir que asimismo el principio puede funcionar con este doble carácter, como directriz en la práctica y como continente de la corrección deliberativa que hace la técnica jurídica. Los principios funcionan en lo pragmático en el sentido de que en cada caso representan una guía del sentido que puede tomar la decisión del juez, el principio como directriz; y son ideales porque como son derrotables pero no de manera definitiva, el caso puede modificar el concepto de la norma de forma que mejor se ajuste, por ejemplo, a un ideal de justicia, el principio propiamente dicho.

Se integra el contenido de los principios no solo por el significado de las palabras del legislador, sino que también en el ejercicio judicial de todos los días, según los hechos a los

que es sometido y, por esto, la aplicación de los principios está sujeta a una construcción del sistema jurídico a corto, mediano y largo plazo, no dando por hecho su completitud, sino que considera como un valor necesario la plenitud del sistema jurídico que permiten la construcción del ordenamiento.

La importancia de los principios en el modelos constitucional es para algunos autores el fenómeno principal de estos, debate que se encuentra ampliamente expuesto en el libro *neoconstitucionalismo(s)* (Carbonell, 2009), donde se puede ver que la mayoría de autores les es útil las nociones y diferencias entre normas y principios, al menos para conocer mejor como es el proceso de aplicación de cada una; pero, esas diferencias suponen un riesgo para la dogmática jurídica tradicional porque las normas de estructura abierta hacen peligrar la necesidad de certeza.

En definitiva, efectivamente, hoy en día continua un cambio cuantitativo, el aumento en el número de principios que utiliza el ordenamiento jurídico y, añadiendo el hecho de que en toda regla subyacen principios; se vuelve crucial la bien conocida idea de Robert Alexy en relación a que los principios son mandatos de optimización con un contenido indeterminado que se concretiza en el caso, los cuales funcionan como límites y vínculos guiando un proceso deliberativo sobre el contenido de los derechos porque no son derrotables en abstracto (Pulido, 2011, pp. 66-72 y 211-224). Ese cambio cuantitativo tiene importancia por las diferencias entre los tipos de normas: su forma, su procedencia, o su forma de derrotabilidad son distintas: “la respuesta que parece haber dado Alchourrón es que las reglas son *excepcionalmente* derrotables, mientras que los principios lo serían de manera esencial” (Atienza & García, 2012, p. 98).

2.3.2 Los cambios en la interpretación del modelo constitucional postpositivista

La verdad es que la postura de no interpretar un texto para aplicarlo y solo emplear el silogismo judicial -como sostenía el método dogmático-normativo - es imposible. Al respecto Luis Prieto Sanchis sostiene: “Decidir que un texto es claro u oscuro es justamente una conclusión que sólo se alcanza después y no antes de interpretar el texto, y esta conclusión tampoco ha de ser universalmente compartida por todos los intérpretes” (2005, p. 111). Por ello, el modelo constitucional tiene una mirada atenta a la tarea interpretativa.

En el anterior apartado se vio la importancia de los principios para la interpretación jurídica, pero en el modelo constitucional ésta diferencia es superlativa por el rango de jerárquicamente superior y la vinculación directa que tienen las normas constitucionales³⁰, ya que no necesitan un desarrollo en reglas –pasos a seguir- para que puedan ser aplicados por los jueces o por funcionarios administrativos; pero eso implica que el esfuerzo que el intérprete hace es mayor para poder concretar esos principio en los casos específicos.

Dado que en el modelo constitucional se explicita la importancia de la interpretación. Cabe hacer referencia, de nuevo, a la diferenciación que hace Guastini entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto: la primera, es entender el contenido del enunciado y la segundo, encontrar un supuesto normativo que se adecue al caso, como ya se vio en la página 10 (Guastini, 2010, p. 30). Esta diferencia permite entender que conocer la norma exige siempre, al menos entender su contenido mínimamente, es decir, la interpretación en abstracto, y para su aplicación judicial, es necesaria su interpretación en concreto, o sea, entendiendo el funcionamiento de la regla para el caso; en el modelo constitucional es ineludible ser consciente de la importancia de la interpretación al momento de hacer el silogismo judicial.

Dentro de este apartado cabe hacer algunas consideraciones sobre las diferencias estructurales que significan interpretar en un modelo constitucional, en oposición de lo que

³⁰ Art. 425 y 11 numeral tercero de la Constitución, respectivamente.

era hacerlo en un sistema puramente legal, para ello, en primer lugar es necesario transcribir lo que ordena el art. 3 del Código Civil, que caracteriza el sistema legal: “Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio (...) Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en las que se pronuncien”.

Lo cual genera un concepto que es fundamental dentro del positivismo jurídico clásico: la interpretación auténtica del legislador, que se llama así porque se estimaba que el órgano legislativo al ser el creador de los preceptos normativos, es el único que puede explicar con precisión cuál es el sentido de la norma (Coello, 2004, pp. 210-211). La concepción legalista de la interpretación trataba de impedir que se hagan interpretaciones de la ley por fuera de esa idea, porque no le es funcional al positivismo clásico que proliferen más de una interpretación y que se desatienda la “visión” del legislador, no es funcional ni si quiera que se dude del sentido literal de las palabras de la ley.

Por tanto, el ordenamiento jurídico legalista por debajo de la interpretación auténtica ponía a la interpretación judicial, como dice el inciso segundo del art. 3 del Código Civil “no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en las que se pronuncian”. Lo cual hace que la interpretación de los jueces pase a segundo plano, y esto se ve como positivo -y en principio si lo es- porque el error que se cometa en la interpretación afectaría solo a ese caso en concreto.

Sin embargo, esto es diferente en el sistema constitucional, la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, así lo demuestra en sus arts. 429 y 436 que prescriben que la Corte Constitucional es el principal interprete del texto constitucional, es decir, se genera un quiebre al existir un máximo intérprete de la ley, el legislador y un máximo intérprete de la constitución, la Corte Constitucional. Teniendo en cuenta, claro está, que la ley está subordinada a la constitución. Estas sentencias constitucionales al tener fuerza general obligatoria, si así lo decide la Corte, a los jueces de jerarquía inferior les corresponde acatar

el sentido interpretativo o moduladorio de la Corte Constitucional, por lo que la interpretación judicial gana importancia, y no poca, sino significativa.

Por otro lado, en el Ecuador, un segundo elemento que cambia la importancia de la interpretación en el modelo constitucional es algo que ya se mencionó en el inicio de este apartado, pero particularmente en el Ecuador se encuentra en el art. 426 de la Constitución al consagrar: “Las juezas y los jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución”.

Lo cual conjuntamente con el contenido del art. 11 numeral 1 y el art. 86 numeral 2, que posibilitan a los jueces ordinarios y a cualquier autoridad pública la potestad de aplicar los preceptos consagrados en la Constitución directamente. Esa es una de las características de los modelos constitucionales modernos; para ello, no se necesita que medie la interpretación del legislador o desarrollo normativo alguno, por lo que el ejercicio interpretativo es más numeroso en este sistema por la necesidad de que las normas constitucionales -que tienen un contenido abierto- se puedan concretizar.

Pero no solamente es más numeroso, pues en el Ecuador existe un tercer elemento que hace que la interpretación constitucional sea especialmente importante, ese elemento se encuentra en varios pasajes de la Constitución, pero sobre todo en su art. 1 donde se prescriben los elementos fundamentales del Estado: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)”, el art. continua, pero con estás diez palabras se tienen ya tres elementos capitales:

- 1) Constitucional, no legal.
- 2) de derechos, no de derecho; y,
- 3) justicia, abandona el formalismo puro del paleopositivismo.

Con estos se crea un paradigma más amplio que el del Estado legal, porque enriquece el núcleo básico de la dogmática jurídica tradicional (Ávila, 2008, pp. 20-29) que requiere de una interpretación no solamente logo-céntrica; y ya no cabe hablar propiamente de “espacios de no derecho” como lo hizo Hart, puesto que el propio ordenamiento mira la justicia y los *derechos* como elementos que lo integran.

En ese sentido, cabe hacer especial hincapié en los once numerales del ya mencionado art. 11 de la Constitución ecuatoriana que prescriben los principios de aplicación de los derechos que, es decir, la manera en que los derechos deben ser efectivizados; por su extensión, sería imposible comentarlos aquí uno a uno, pero estos entregan herramientas innovadoras de interpretación para la aplicación de las normas constitucional, por lo que sugiero su análisis. Sumado a estas herramientas de aplicación de los derechos, es además revelador notar que el art. 427 determina dos principales claves de la interpretación constitucional que se apegan a un sentido objetivo de la interpretación:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional

Nótese que lo esencial es el contenido de los derechos y la constitución en su *integralidad*, no el sentido literal de la norma aislada, claro que puede ocurrir que el significado aislado de la norma sea el que más se ajuste a la integralidad, pero lo importante es que lo literal se interprete de forma integral. Sí al sentido integral de la Constitución hay que acompañarle la justicia como se desprende del art. 1, ya no solo como el fin del derecho sino como elemento constitutivo del Estado se vislumbra claramente cuál es la diferencia entre el paradigma tradicional y el modelo constitucional.

En fin, los modelos constitucionales actuales tienen un sinnúmero de invasiones que no se ajustan con la dogmática jurídica tradicional y representan un reto para la interpretación. La Constitución del 2008 del Ecuador tiene varios ejemplos más de ello:

- 1) La introducción derechos que prácticamente aún no se reconocen en el resto del mundo como los derechos de la naturaleza en el arts. 10, 71³¹, 72³², 73, 74 y consideración especial tiene el texto del preámbulo³³.
- 2) El Ecuador reconoce como sujetos de derechos -que pueden exigir derechos- en el art. 10 y en otros a los *sujetos colectivos* como: pueblos, comunidades, colectivos y nacionalidades, lo cual sin duda es un quiebre a la mirada individualista de los derechos subjetivos a la hora de interpretar los derechos ya que la dogmática tradicional hegemónica no había abordado especialmente esta posibilidad.
- 3) Además, la atención prioritaria de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad rompe con el esquema de la igualdad formal y se impone al juez la imposibilidad de aplicar esa lógica meramente formal, por el contrario, debe tender a volver efectivos *los derechos* que se puedan vulnerar en el caso que se aplique una lógica solo formal.
- 4) Por tanto, es una lógica de *derechos* que se compone por principios y normas, pero el fin del ordenamiento jurídico son los derechos y cada norma significa una garantía a los derechos para los sujetos, lo que exige del sistema jurídico un alto nivel de compromiso con su realización (Carbonell, 2014, pp. 8-9).
- 5) En el Ecuador todos los derechos constitucionales son de igual jerarquía (art. 11 núm. 6),

³¹ Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (...)

³² Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración (...)

³³ CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia

- 6) El art. 11 núm. 7 de la Constitución ecuatoriana reconoce el principio de *clausula abierta*, esto es, que los derechos positivos que se reconocen en el en la Constitución y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se deriven de la dignidad humana, por lo que, en el Ecuador se puede reconocer derechos que existan aunque no estén reconocidos en cuerpos normativos vinculantes³⁴.
- 7) Sí, a todo esto, le sumamos que esta Constitución del Ecuador se reconoce como intercultural; se torna imposible sostener que el método dogmático-normativo sea suficiente, dado que, la interculturalidad implica que existe una pluralidad de racionalidades, no una sola ni una única racionalidad como pretendía el método dogmático-normativo. Por sí solas, las particularidades que se derivan del carácter intercultural merece ya un estudio profundo sobre las implicaciones que tiene ese tipo de hermenéutica.

Finalmente, es preciso señalar que todos estos elementos tienen como principal consecuencia otra característica del sistema constitucional: la importancia de la motivación dentro de este modelo. Motivación como forma de *justificar* la interpretación que se ha tomado. Como se vio -en el apartado 2.1- la interpretación en cuanto proceso de comprensión es una tarea intelectual que se refleja en signos a través del lenguaje, por lo que, exigir a un juez que realice una buena motivación de su sentencia es, a la postre, exigirle que realice una tarea de interpretación profunda y detenida, recurriendo a diferentes criterios de comprensión, a la hermenéutica como a la lógica, a principios y normas lingüísticas, etc. de modo que la retórica del juez sea legítima (Carbonell, 2014, p. 78).

³⁴ Recientemente la Corte Constitucional del Ecuador ha realizado una sentencia reconociendo el matrimonio igualitario. El voto salvado del Dr. Hernán Salgado se opone a la decisión fundado en que no se basa en normas vinculantes del Ecuador, desconociendo así el principio de *clausula abierta*. Considero que en este voto salvado se puede ver un criterio icónico del antiguo paradigma positivista, que apela a una hermenéutica restrictiva que no garantiza los derechos constitucionales, no existió el tiempo necesario para incluir un análisis de esta sentencia, sin embargo, como anexo 4 consta este voto salvado)

Lo importante es recordar que la la estructura de textura abierta y la transformación que esta exige en los criterios de interpretación constitucional, al no existir una jerarquía de derechos o principios, juegan todos a la vez, limitándose entre ellos, pero tratando de maximizar sus posibilidades de efectividad (Alexy, 2014, p. 26); y que hizo falta que surgieran el modelo constitucional fuerte de la segunda mitad del siglo XX, para que los principios no sean algo de tercer orden en el derecho. Ese proceso aún sigue en muchos países como Ecuador, donde las constituciones no son realmente rígidas y hace falta que se constitucionalice verdaderamente el Estado (Guastini, 2009, p. 50).

En el paradigma constitucional ecuatoriano, los jueces no se han adaptado totalmente a la estructura y funcionamiento de los principios; por el contrario, sigue reinando el uso de la lógica formal de las reglas, frente a cualquier otra posibilidad, cuando los jueces están obligados a adaptar su discurso al funcionamiento de los principios.

2.4 Criterios de interpretación constitucional

Se analizarán los criterios que determina el modelo constitucional ecuatoriano y cómo funciona este engranaje a partir de la diferencia de los textos normativos clásicos. Pero primero hay que tener en cuenta dos consideraciones. La primera la formula G. Zagrebelsky: “La búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que esta en función de la (dirección de la) búsqueda, dependiendo de lo que se quiera encontrar” (2009, p. 134).

Una segunda consideración viene dada por una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional ecuatoriana (la sentencia consta en el anexo 2):

Ya en un momento, Savigny puso de manifiesto que existen cuatro métodos de interpretación de las normas jurídicas: el método gramatical, el método histórico, el lógico y el sistemático; no obstante, en materia constitucional, aquellos son insuficientes, puesto que los textos

constitucionales hoy en día se encuentran en gran medida compuestos por principios y valores, los cuales, como se anotó anteriormente, carecen de una condición fáctica por obvias razones (Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC, 2010, p. 7).

En el Ecuador, la LOGJCC que tiene como objeto “garantizar la eficacia y la supremacía constitucional” determina cuáles son los criterios de interpretación en materia constitucional, además de las herramientas que constan en la Constitución ecuatoriana como los principios. En concreto son seis criterios los que se encuentran en el art. 3 de la mencionada ley, pero es de tener en cuenta que este prescribe que se pueden tener en cuenta uno o más de estos criterios a la hora de resolver causas constitucionales u ordinaria y no se observa que exista un orden de prelación. La Corte Constitucional ecuatoriana en una sentencia interpretativa sostiene algo que es trascendente sobre este tema:

(...) en la interpretación constitucional, no importa el rigor del método, ni es forzoso el uso de uno solo, porque siendo la Constitución un instrumento de gobierno, un mecanismo para asegurar el respeto y promoción de la dignidad de la persona y un cauce por el que ha de deslizarse la acción del Estado para la consecución del bien común, su interpretación debe servir a estos propósitos, con cualquier método (Julio César Trujillo citado por la Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC, 2010, p. 8).

Se podrá notar que a excepción de los dos primeros criterios -la proporcionalidad- que expone la LOGJCC (que no son criterios propiamente, porque en realidad son formas de resolver el conflicto entre principios) no existen en esta ley nuevos criterios, son los mismos con un ligero cambio en los nombre; es por ello que antes se ha hecho énfasis en las diferencias estructurales de la interpretación constitucional y ahora podrá verse como esos tradicionales criterios se usan en los actuales paradigmas constitucionales.

2.4.1 La proporcionalidad.

La proporcionalidad y la ponderación son quizás los temas que más se discuten dentro de la teoría constitucional: “El llamado juicio de ponderación o de proporcionalidad supone acaso el hallazgo más importante de la interpretación constitucional y presenta interesantes problemas teóricos e incluso consecuencias en el orden institucional” (Prieto Sanchis citado por Carbonell, 2014, p. 8). Estos criterios se generan a partir de la puesta en escena del modelo del derecho constitucional. Como los derechos tienen igual jerarquía, todos tienen el mismo peso en abstracto, solo por las circunstancias puede afectarse uno para efectivizarse el otro. Corresponde al Juez decidir los derechos que se encuentran inmersos y determinar cuáles son, para tomar la decisión correcta en el caso.

En aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o estén admitidas distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad, porque es la técnica a través de la cual se realiza un mandato de optimización. (Villaverde, 2014, p. 161)

Es decir, la proporcionalidad sirve para identificar si es necesario restringir un derecho y de ser así, hacerlo de la manera más adecuada. Por esto se suele dividir en tres juicios o sub-principios diferentes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales permiten al juez analizar los límites de los derechos y su posible conflicto con otros principios.

Para analizar estos tres juicios de valor es forzoso que se tenga presente que el análisis radica en que se va a limitar un derecho y que existe un fin para hacerlo. En ese sentido, el primer juicio, el de idoneidad, supone identificar con claridad cuál es el fin que se va a

perseguir y analizar si es adecuado tener que restringir un derecho por aquel fin (Villaverde, 2014, pp. 161-166).

La dogmática menciona siempre en este tema que debe ser un fin lícito y si el contenido de las normas permite al juez limitar de esa manera el derecho, entonces se está juzgando el marco contitucional que está inmerso en el caso y el núcleo duro del derecho subjetivo, así como su zona de penumbra. Por tanto, será necesario averiguar si las medidas que puede tomar el juez no son contrarias al orden de los derechos de la constitución del país en que se desarrolle la acción del magistrado.

Una vez determinado que es necesario afectar al derecho, el juicio de necesidad, el segundo juicio, consiste en revisar entre las diferentes medidas que se pueden tomar para restringir el derecho, cuál es el menos perjudicial (Villaverde, 2014, p. 164). Aquí la proporcionalidad pretende que se conciban diferentes maneras de alcanzar el mismo fin, para tener una visión más amplia de las diferentes consecuencias que pueden ocurrir, con los otros medios, midiendo el más apropiado.

El último juicio, el de proporcionalidad en estricto sentido, está claro que procura que la relación sea equitativa. Solo se debe afectar un derecho en la proporción que se beneficia a otro, otorgar más amplitud sería contrario a la teoría de los derechos, sería un detrimento injustificado (Villaverde, 2014, p. 164). Si bien en el derecho constitucional se sabe que existen potencialmente conflictos entre los derechos y que de hecho pasan, el éxito del derecho constitucional es el mayor grado de satisfacción de todos ellos.

Una de las detracciones a la proporcionalidad es que se asemeja demasiado al siguiente criterio de integración, la ponderación; sin embargo, cabe aclarar que la diferencia estriba en que la proporcionalidad es en manera general sopesar cuál es el fin de la medida, la mejor

medida y que esta sea aplicada equitativamente, como explica Atienza con el principio de equidad.

Echando mano del principio de equidad que, como Aristoteles percibió agudamente en la *Ética* a Nicómaco, no es ni más ni menos que un principio (o meta-medio principio) interpretativo que viene a decir que hay circunstancias en las que las razones de justicia vinculadas a la singularidad de un caso pesan más que las de seguir estrictamente la ley; o sea -podríamos nosotros interpretarlo así- es un criterio para ponderar en un cierto sentido. (Atienza & Amado, 2012, p.30)

El siguiente apartado, el de la ponderación, analiza que este es un método especial para llevar a cabo la proporcionalidad, donde se examina como medir el peso de los elementos para el caso.

2.4.2 Ponderación.

La ponderación no es un criterio de interpretación propiamente dicho, dado que más bien sirve para sopesar y solventar el conflicto entre principios. Para ello, se pretende medir el grado de la intensidad de la intervención (restricción) de un principio frente al grado de la importancia de satisfacción de otro. La medición está compuesta por la fórmula del peso que puede tener dos o más intensidades (o grados), aunque se recomienda que sean tres intensidades, que se suelen denominar como grave, media y leve, aunque la nomenclatura de los grados puede quedar al arbitrio de quien quiera usarla (Alexy, 2014, pp. 35-36).

Se puede sintetizar la fórmula de la ponderación entonces como: “la importancia concreta de P_i (un principio) se mide según que tan intensamente la no intervención en P_i (el principio) interviene en P_j (el grado de satisfacción del principio contrario)” (Alexy, 2014, p. 40). A la intensidad de P_i se le otorga un valor (grave, medio o leve) y así también a P_j , y se

compara cual tiene más valor. “La Fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo” (Alexy, 2014, p. 45).

A esta relación en la fórmula se le agrega 1) el peso en abstracto que quiera darse a los principios en coalición, 2) los grados de seguridad con los que acaecerán los presupuestos fácticos, y 3) y la “falta de ejecución de los principios en coalición, ocasionados por la medida que se enjuicia” (Alexy, 2014, p. 47). Para el punto dos, se expresa una regla: “Cuanto mayor sea una intervención en un Derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (Alexy, 2014, p. 53). El grado de certeza de realización de las premisas se puede nombrar como: seguro, plausible y evidentemente falso.

La unión de todos estos factores para realizar la ponderación es lo que Alexy sintetiza en la fórmula de peso, y llama fórmula de peso extendida a la participación de varios principios a la vez en este esquema, tratando de resolver cual es el que mayor peso tiene para tener una primacía en el caso en concreto. En el esquema de Alexy siempre que exista conflicto se tendrá que considerar al principio de legalidad como partícipe del conflicto dado que está implícito en todo sistema jurídico.

García Amado expresa que no existe una forma exacta de medir el peso de los principios “un ponderómetro”. Al juez se le presentan casos donde aparecen dos puntos de vista contrarios sobre la valoración de un principio, cada postura se considera a sí misma como válida; para García Amado que el juez elija entre una de las dos opciones válidas es igualmente discrecional (Atienza & García , 2012, pág. 53). El mismo García considera que: ponderar no es más que lo que se conoce en el positivismo como valorar, y que al no existir un contenido certero de los derechos se estaría permitiendo que se caiga en una inseguridad jurídica total (García Amado, 2016, pp. 82-85).

Cabe anotar que en una Acción Extraordinaria de Protección que se interpone a una sentencia de apelación de una acción de protección (caso que se encuentra en el anexo 3); la Corte Constitucional hace notar a los jueces ordinarios que no se puede ponderar cuando no existe *categorías jurídicas similares*, puesto que los jueces de instancia habían sopesado la competencia de un funcionario administrativo (el Ministro de Trabajo) versus el derecho a la igualdad de los trabajadores de la Cervecería Nacional, lo cual es incompatible y no cabe la ponderación. Siempre debe sopesar principios con principios, derechos con derechos, etc. (SENTENCIA N.º 141-18-SEP-CC, 2018, p. 42-43)

Alexy aclara en la ponderación que el juez no decide bajo su propia visión el peso de los principios, sino que para interpretar razonablemente tiene que usar el marco de razonabilidad; esta es la correcta aplicación de los derechos ya que la ponderación permite que se valore la utilidad de cada principio y su importancia al caso, lo cual además sigue las reglas de la lógica y la hermenéutica ¿Aclara eso las dudas? Depende de que tan escéptico sea Usted sobre el contenido de los derechos.

2.4.3 Interpretación evolutiva o dinámica en materia constitucional.

A este criterio interpretativo se le asocia con el término de constitución viviente (Risso Ferrand, 2015), en el sentido de que el texto de esta norma necesita ser actualizado en su cotidiano uso, para ello sirve este criterio. Es necesario encontrar el contenido de la norma en relación a los factores que se encuentran en su contexto, esto quiere decir, no solo el contexto actual, sino que es pertinente revisar cual ha sido el sentido que se le ha dado en las diferentes interpretaciones desde su creación hasta ahora, pasando por las interpretaciones “intermedias”.

La interpretación evolutiva, dinámica o habitualmente conocida como interpretación del "árbol vivo", con raíces claras de Savigny desde la escuela historicista pero enriquecida por la dogmática que ha tratado el tema. Se podría definir también que la dogmática evolutiva es aquella inspirada en la necesidad de adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etcétera). Por ello, esta dogmática sugiere a los intérpretes no practicar una interpretación fija sino, por el contrario, cambiar el significado del texto a la luz de las circunstancias siempre que sea estrictamente necesario (Martínez, 2016, p. 133).

En el constitucionalismo comprender la historia de la norma es sustancial al ser un texto jurídico-político. La Constitución del Ecuador en su preámbulo explicita algunos elementos políticos importantes que se han tomado en cuenta en el momento de su expedición: 1) reconoce las raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos 2) celebra la naturaleza, la Pacha Mama 3) invoca el nombre de Dios, 4) apela a la sabiduría de todas las culturas 5) proclama a los ecuatorianos como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo.

Estas palabras del constituyente del Ecuador de 2008 pretenden dar claves del contexto del que parte esta Carta Política, pero a la vez claves para su actualización. El criterio de interpretación dinámico acompaña al desarrollo de los principios teniendo en cuenta que la Corte Constitucional puede apartarse de una interpretación, en este caso, siempre que tengan argumentos suficientes para que el sistema jurídico evolucione.

Es conocido por todos, el hecho de que las leyes son creadas con una pretensión de perdurar en el tiempo, pero sin lugar a dudas la norma fundamental del ordenamiento jurídico, la constitución, es la que más se debería preservar en el tiempo, porque es la que organiza, fundamenta y guía el resto de leyes. El criterio evolutivo-dinámico adquiere particularidades al hacerlo en una constitución: “La Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos

vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.” (La Corte Interamericana de Derechos Humanos tomado de Echeverri, 2016, p. 64)

El ejemplo paradigmático en esta cuestión es la Constitución moderna más antigua del mundo, la de Estados Unidos. A pesar de su antigüedad, el constitucionalismo estadounidense es un referente y muy respetado por su jurisprudencia, sin duda a los jueces constitucionales de este país les corresponde siempre hacer un ejercicio interpretativo intenso para relacionar lo que se encuentra en su Constitución y los casos que le competen resolver ahora; a comparación del ejercicio interpretativo que necesita hacer los jueces ecuatorianos, quienes con toda seguridad vivieron el último proceso constituyente observando de forma directa la realidad concreta en que surgió.

La distancia al texto (en términos históricos o geográficos) siempre es un tema importante en la interpretación, comúnmente es un obstáculo para su buen entendimiento, pero es deseable que un proyecto constitucional se acentúe en la historia, para que el criterio dinámico a su vez gane uniformidad, con el tiempo se pueden resolver inquietudes iniciales y crear una línea jurisprudencial que encuentre un *justo medio*.

Por otro lado, es importante ver que la LOGJCC realiza un cambio sutil al referirse a este criterio como evolutivo o dinámico y no como tradicionalmente se lo conocía como el criterio histórico. Este cambio resulta una eludición al posible riesgo sobre el entendimiento de la historia que ya se advirtió en la página 23: la comprensión de la historia depende mucho de los ojos con los que se mire, de la ideología (Risso, 2015, p. 221).

El término “evolutivo-dinámico” trata de liberarse de la carga y hacer referencia más bien a que las reglas y principios tienen que mirarse a favor de la efectiva progresividad de los derechos. Esto no libera de problemas al criterio de interpretación evolutivo, ya que la tensión entre conservadurismo y progresismo está siempre presente, pero la diferencia del término

usado ahora por la LOGJCC quizá advierte al intérprete del problema, y le da una pauta moderatoria en esta tensión. “La novedad interpretativa no se impone, sino que debe convencer” (Risso, 2015, p. 221); el criterio de interpretación evolutivo al ubicarse en esta época de pluralismo se guía por una razón dialógica, donde se asegura que el mayor grado de todos los principios y reglas es la evolución jurídica de los derechos constitucionales.

2.4.4 Interpretación sistemática en materia constitucional.

El criterio sistemático constitucional corresponde a la visión de un conjunto de normas jurídicas como una estructura: ordenada, coherente unitaria y plena: no caótica. Como lo dice Guastini “sobre la base de la presunción de que el derecho es una totalidad consistente y coherente” (2010, p. 72). Por lo que, este criterio propicia que al interpretar las varias opciones posibles de una disposición normativa escogamos la que no produzca contradicciones: “Para von Savigny, el derecho es un sistema puesto que no es considerado simplemente como un conjunto de normas diversas, sino como un organismo que se refleja en sus reglas” (Velluzze, 1998, p. 75).

Es necesario aclarar las relaciones entre el <<objeto de la coherencia>> y los argumentos interpretativos. Estos últimos pueden ser divididos en dos en dos tipos fundamentales; de primer y de segundo grado. Los argumentos de primer grado son aquellos por medio de los cuales se atribuye significado a un texto normativo; son de segundo grado los métodos, las técnicas interpretativas utilizadas para elegir, o para apoyar, una determinada atribución de significado respecto a otras atribuciones efectuadas con los argumentos de primer grado. Por lo tanto, la coherencia, la cohesión entre las normas, se puede observar a través de cualquier técnica interpretativa (teleológica, literal, *a contrario*, etc.), sin embargo, lo que caracteriza la interpretación sistemática es, según mi modo de ver, el punto de vista del intérprete, que se fija el

objeto de la coherencia y de la armonía entre las normas como decisivo en la elección entre posibles atribuciones de significado. (Velluzze, 1998, p. 77)

Para el italiano Vico Velluce existen interpretaciones sistemáticas fuertes y débiles; aquí interesan solo las primeras, porque las segundas no son propiamente interpretaciones sistemáticas. Las interpretaciones sistemáticas fuertes son: 1) Cuando se acude a la dogmática para atribuir un significado a la disposición normativa, ya que esta construcción dogmática tiene justamente como fundamento sistematizar los conceptos. 2) Adaptar el significado a una norma o normas jerárquicamente superiores, y 3) Interpretaciones que tienen como objetivo hacer coherente el ordenamiento jurídico, evitando antinomias (1998, pp. 78-81).

La segunda forma de interpretación sistemática es sustancialmente importante en los modelos constitucionales, porque al encontrarse la constitución en la cúspide de las jerarquías normativas, acudimos primero a ella para solucionar los problemas. Las normas constitucionales tienen ostentosa importancia en cada una de las normas inferiores, en materia penal, por ejemplo, ninguna norma puede contradecir la constitución, y si lo hace debe aplicarse directamente la constitución porque esta es la norma *pétrea* en materia penal, *a contrario sensu* de lo que se suele pensar que en esta rama se debe aplicar solamente las palabras de la ley penal (Zaffaroni, 2016, pp. 15-16).

La tercera forma de interpretación sistemática también es sustancial, porque al ser la constitución no solamente la norma jerárquica superior sino la que da fundamento al ordenamiento jurídico es de donde parte la coherencia del sistema y su contenido, es la base axiológica y democrática de la sociedad.

El elemento histórico de las normas y el ordenamiento es complejo. Todas las palabras necesitan una genealogía, para determinar su “historia fidedigna” y su origen. El problema es, a la vez, cognitivo y genealógico. Al estudiar el derecho, es forzoso un recorrido por la

historia de las instituciones humanas, es decir, estudiarlo desde una perspectiva antropológica, pero hay que hacerlo con sospecha, porque las quimeras jurídicas tienden a esconder diversas trampas; y parecería que, parafraseando a Marx, la crítica del derecho se encuentra en la crítica de la teología (Marx, 1844).

2.4.5 Interpretación teleológica en materia constitucional.

“Se demuestra que la interpretación lógica de von Savigni, corresponde a la hoy denominada teleológica-objetiva” (Velluzze, 1998, p. 75). Lo que busca el criterio de interpretación teleológico es el fin o el objetivo de la norma. No debe confundirse el objetivo que persigue una norma con la voluntad del constituyente o la del legislador. La intención de un asambleísta es algo etéreo e indeterminable y que no necesariamente tiene nivel constitucional. Carbonell explica que hablar del “espíritu” de la norma es un planteamiento casi místico (2018). Sin embargo, el texto del art. 427 de la Constitución ecuatoriana expresa algo diferente: “En caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete *la voluntad del constituyente*”. Entonces ¿Son las actas de la Asamblea Constituyente de Montecristi una fuente del derecho?

Volviendo al sentido objetivo del criterio teleológico, este es arduo en materia constitucional dada la naturaleza abierta de los principios hace que converjan en una sola norma varios fines. Además, en el modelo constitucional no se puede separar el criterio teleológico del sistemático, dado que existe diversos fines, objetivos y varias razones subyacentes. Si existen esta pluralidad de pretensiones jurídico-políticas prescritos ¿Cuál debe prevalecer? ¿La justicia? ¿La seguridad jurídica? ¿Otros?

El Ecuador es un Estado social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, entre otros elementos, estos elementos orientan al juez, pero es evidente que son también tensiones entre diferentes tendencias políticas; ¿Cuáles son

las finalidades que encarna ser un Estado social? Las respuestas pueden ser muy disímiles; la concepción de un Estado social según la ideología con la que se lea; sin embargo, en un Estado constitucional estas preguntas deben responderse recurriendo a la proporcionalidad, la ponderación y las demás herramientas constitucionales, lo cual denota la importancia de la conjunción de criterios.

2.4.6 Interpretación literal en materia constitucional.

La interpretación literal es sin duda, como en el modelo legal, es el primer paso para el tratamiento de un texto constitucional. El criterio de interpretación literal sirve, como expresa Guastini, para realizar una interpretación *prima facie* (2010, p. 51). El examen de los elementos lingüísticos es arduo y no se puede decir que incluso la interpretación literal no tenga una pluralidad de significaciones, más cuando hablamos de normas tipo principios. El método dogmático-normativo pensaba que existía una relación conceptual necesaria e imprescindible entre el enunciado normativo y el resultado de la interoperación. Después del giro lingüístico se descubre que no es así, que existe esta pluralidad de posibles atribuciones y que estas son fruto de convenciones, de los *usos* que se dan a las palabras -como se dijo en la página 52- (Gimeno, 2003, p. 133).

Cuando se quiere entender el significado literal de un enunciado jurídico, se cuestiona si se debe analizar individualmente el uso conocido de cada palabra que lo integra o si de toda la oración. En otras palabras, si pesa más lo sintáctico o lo semántico. Hoy se entiende que lo importante es la combinación de estos dos, e incluso de aspectos pragmáticos (Gimeno, 2003, P. 135).

Entre juristas y lingüistas no sólo no existe unanimidad de criterios a la hora de determinar el uso del término en sentido literal; ni siquiera existe tal unanimidad a la hora de establecer el papel que

juega la interpretación literal dentro del ámbito de la interpretación en general (Gimeno, 2003, P. 133)

En el Ecuador el art. 427 de su Constitución manda que “las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad”. Es decir, el texto ecuatoriano parte de una regla combinada entre el criterio literal y el sistemático y en cierto sentido también teleológico por las similitudes que existen entre el criterio teleológico y el sistemático (Velluzze, 1998, p. 79).

Al tratarse de derechos constitucionales, los equívocos de la literalidad de la norma son realmente poco deseables, por ejemplo, la sentencia 018-18-SIN-CC de la Corte Constitucional, cambio en el art. 372 la expresión fondos *provisionales* a fondos *previsionales*. Esta diferencia tan pequeña había generado al Ecuador un extenso debate porque claramente ese error de redacción puede dejar una norma inaplicable y vulnerar derechos de forma grave.

La española María Gimeno, sugiere tener presente que existen por lo menos tres formas de entender “el sentido literal”: 1) Aquello a lo que se refiere el significado lingüístico con la relación referencial con el significante, 2) Las ideas con las que se asocia 3) Los estímulos y respuestas que ese significado suscita en las personas. Estas se pueden simplificar a dos concepciones más generales: a) el significado está dado por reglas establecidas por el sistema lingüístico, convenciones sociales, b) el uso mismo que se da a esas reglas, las prácticas a las que se las asocia. La autora expresa que en la interpretación jurídica existe también dos posturas diferentes; una formalista y otra anti-formalista. La primera, entiende que la relación entre el significado literal y la interpretación es descriptiva o cognoscitiva. La segunda, sostiene que es prescriptiva o valorativa (Gimeno, 2003, pp. 134-135)

Sin embargo, la autorora citada concluye que son erráticas estas posturas, ya que el significado se encuentra en una estructura multidimensional pues no se puede entender de una vez un significado “el existo de un proceso complejo requiere la aparición progresiva de varios niveles de significado” (Gimeno, 2003, p. 135).

Actualmente, es común que se use más de un criterio de interpretación y que los principios del ordenamiento jurídico juegan el mismo rol que los criterios (Zagrebelsky, 2009, p. 134). Se debe encontrar la *interpretación total* como sugiere Hernández (2008, p. 75): un ejercicio de ponderación que mire la no contradicción del sistema jurídico; que se atiendan los objetivos o fines de las normas; o de ser necesario, se plantee una interpretación evolutiva y dinámica en el contexto extralingüístico, porque la eficacia de los derechos así lo requiere (Gimeno, 2003, pp. 146-147).

Terminando con este criterio, es forzoso ver que los textos constitucionales son reglas de máximos que prescriben una teoría de derechos, que de ser aplicada de manera llana -literal- podría ser beneficiosa para la sociedad. Pero también alguien podría escudarse en usar una interpretación literal para restringir el contenido de los derechos o extenderlos inadecuadamente.

Por otro lado, para concluir el capítulo, lo sorpresivo es que los criterios de interpretación en el modelo constitucional son iguales a los criterios legales -con excepción de la proporcionalidad y la ponderación, que no son criterios de interpretación sino de integración, claro está, con sus propias particularidades. La diferencia fundamental estriba, más bien, en las divergencias estructurales que se comentaron en el anterior subcapítulo: los criterios de interpretación en el modelo constitucional ecuatoriano han perdido centralidad en la interpretación, así lo manifiesta la Corte Constitucional citando a Gustavo Zagrebelsky: “El método es en general (...) solo un expediente argumentativo para demostrar que la regla

extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir justificable en un ordenamiento dado” (Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC, 2010, p. 7).

Queda claro que en el derecho constitucional los criterios de interpretación no son más que una herramienta interpretativa, un expediente argumental no determinado por una jerarquía o prelación, y deben usarse conjuntamente “La conclusión de un argumento interpretativo no es por tanto el significado del signo que se quiere interpretar, sino una tesis interpretativa” (Gianformaggio, 1987, p. 95).

2.5 Principios de la interpretación constitucional:

La interpretación en el modelo constitucional no está cerrada a la formalidad. Como se ha visto, siguen existiendo rangos amplios de discrecionalidad para quienes hacen las decisiones judiciales, porque no hay como acotarlos, la comprensión humana es un fenómeno que tiene dificultades importantes, así lo demuestra el círculo hermenéutico, que se vio en la página 45. Por esto, el modelo constitucional decide proliferar el uso de principios en la constitución que sirvan para dotar de una mayor concreción lo suficientemente abierta. Pero además existen unos principios determinados para la interpretación constitucional planteados en la LOGJCC.

Se debe recordar que en materia legal la idea de prescribir reglas de la interpretación como las del art. 18 del Código Civil, sería una camisa de fuerzas para el juez. Los principios de interpretación tienen un uso flexible, pero no por ello menos riguroso. No es recomendable, el uso solo de reglas, cabe el establecimiento de principios que guíen el uso de las reglas en los diferentes casos (Pachano, 2002, p. 76). En el Ecuador existen cuatro principios de interpretación en el art. 3, numeral octavo de la LOGJCC, los mismos tienen cierta relación con los criterios de interpretación de la constitución, que se acaban de ver. Debe analizarse - al menos rápidamente- las implicaciones que tienen al usarlo en la norma jurídica superior,

pilar fundamental del nuevo sistema jurídico -el modelo constitucional-; teniendo en cuenta que una de las diferencias principales es el contenido abierto de los principios:

2.5.1 Principio de Unidad

El principio de unidad está relacionado con el criterio de interpretación sistemático, ya que enfoca la mirada en una interpretación de una norma en conjunto con las demás que conforman la constitución. Actualmente se acuerda que las normas constitucionales deben ser entendidas en su totalidad y no aisladamente (Pachano, 2002, p. 76). Supone una visión global de los principios constitucionales (Häberle, 2010, p. 41), conceptos independientes que deben funcionar en una estructura conjunta para superar las ambigüedades y vaguedades morales y lingüísticas del sistema.

Al ser la constitución la norma suprema, supone unidad interna entre las normas constitucionales, pero también externa con todo el ordenamiento jurídico, ya que ninguna ley puede estar por fuera de lo definido por la constitución. De una manera -tal vez- indirecta este principio garantiza la seguridad jurídica, debido a que es un límite en la posibilidad del juez por explorar criterios o argumentos nuevos que le permitan extender o restringir el sentido de un derecho, el límite es justamente la unidad y no contradicción de los conceptos o las instituciones: “Resulta interesante destacar que el Tribunal constitucional alemán ha considerado este principio como el más destacado <<dado que la esencia de la Constitución consiste en ser un ordenamiento homogéneo de la vida política y de la unidad estatal>>” (Huerta, 1997, p. 40).

2.5.2 Principio de concordancia práctica

“Las constituciones son generalmente el resultado de compromisos entre ideologías e intereses contradictorios que se reflejan en tensiones entre distintas disposiciones” (Carlos

Nino tomado de Pachano, 2002, p. 77). Según P. Häberle el principio de concordancia practica obliga a recurrir a la ponderación para asegurar ese equilibrio entre los diferentes principios, para no “magnificar” o “minificar” ninguna disposición (2010, p. 41). Es decir, los principios de interpretación contribuyen a disminuir el riesgo de impregnar la interpretación con ideología o con interés del momento, los cuales sin duda estarán presentes pero en la medida en la que lo permite el rango constitucional.

El modelo constitucional es la puesta en escena de acuerdos plurales de orígenes ideológicos variados, que tienen igual jerarquía, pero todos son derrotables en un caso particular; es por ello que en la práctica se exige que exista una mesura en caso de coalición, una práctica optimizada de los principios, donde en el conflicto se pueda tener un alto grado de satisfacción. Lo que no quiere decir que se promueva una posición neutral, porque la neutralidad ante la injusticia está en contra de la efectividad práctica de los derechos.

La concordancia práctica tampoco debe entenderse como una subordinación del derecho a los hechos. Se debe insistir que todos estos principios se usarán conjuntamente, puesto que, aunque la concordancia práctica exige que se realice una motivación extensiva, los fundamentos de hecho que dan pie a fallar de cierta forma, por la primacía de un derecho para el caso, no se puede descuidar la eficiencia que debe tener para el futuro la fuerza normativa de la constitución como se ver, como se verá en la siguiente página.

Uno de las cuestiones más particulares que se plantea en la discusión de la interpretación constitucional es que en casos extremos puede que la justicia constitucional encuentre que jurídicamente exista una interpretación formalmente acertada, pero que las consecuencias sociales -en la práctica- de tal decisión generen una conmoción social que la torne inviable. Aquí, se torna el debate álgido sobre los límites de la interpretación constitucional, es decir, en torno de cuál debe primar: el principio de reserva de ley o el principio de interpretación práctica. Esta discusión es un espacio opaco en la dogmática dado que el debate está abierto y

parece que no se puede cerrar, siempre está sobre la mesa cuál de los principios es más beneficioso entre la utilidad en la práctica y una pretensión de certeza más alta.

2.5.3 Principio de eficacia integradora

Este principio es semejante al principio de unidad, ya que está para evitar que se produzcan diferentes interpretaciones entre los preceptos constitucionales. El principio de eficacia integradora pretende algo similar, precautela las soluciones más eficientes para *evitar* la falta de unidad en posibles problemas a futuro, para prever que en el futuro existan menos conflictos y un mayor grado de efectividad de los derechos; hay que preverlos óptimamente, sin dejar posibilidad a que se dé una vulneración de derechos (Huerta, 1997, p. 41).

El juez constitucional se transforma en un ingeniero social, interpretando los pactos políticos, dotándoles de actualidad, proporcionalidad y prospección. Que los acuerdos sociales persistan no es una tarea fácil, por lo que se deben buscar los medios adecuados, herramientas jurídicas que permitan integrar ideas contrapuestas y darles un nuevo margen de acción posible como principios disminuyendo su tensión.

2.5.4 Principio de fuerza normativa

Se puede decir que este es el principio más desarrollado por la dogmática, en comparación con los otros tres que tienen más bien un desarrollo dogmático relativamente escaso, porque es prácticamente una característica del constitucionalismo moderno. La conjunción de que la constitución sea un texto político y a la vez normativo recorre toda la dogmática como se ha visto; esta es la conjunción que hace especial al constitucionalismo. De alguna manera constituye el cambio con el constitucionalismo tradicional que no tenía fuerza normativa, no podían exigirse los derechos que estaban en la constitución, básicamente porque necesitaban un desarrollo normativo.

Riccardo Guastini establece las condiciones necesarias para constitucionalizar un estado, tal como se dijo en la página 60; una de esas condiciones es la fuerza normativa de las normas constitucionales que permita que estos irradian todo el sistema jurídico y así que sus preceptos se materialicen en la sociedad. Esta fuerza normativa se encuentra en el art. 11, numeral tercero de la Constitución ecuatoriana:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Este principio es el que asegura supremacía material de una constitución, lo que la hace exigible en un marco muy amplio, ante *toda* autoridad. Permite declarar por parte de un juez constitucional la inconstitucionalidad de un cuerpo normativo porque no pueden estar en contra de las normas constitucionales. La fuerza normativa de una constitución es lo que hace que no todo lo legal sea legítimo, que no todo lo que sea legal sea jurídico; porque lo jurídico en el modelo constitucional tiene un espectro más amplio. Para todo ello, es necesario que los principios y reglas constitucionales sean aplicados de manera directa por medio de las reglas y principios del ordenamiento jurídico, sin que medie necesariamente la voluntad del legislador ordinario, la fuerza normativa de la constitución está en cada acto de aplicación de la ley (Aldunate, 1998, pp. 137-138).

Para concluir con esto, se debe insistir en que sin duda estos cuatro principios de interpretación de la constitución no son un sistema cerrado de soluciones a la interpretación constitucional, porque no pretenden serlo. Deben usarse como elementos útiles a la hora de aplicar la constitución, teniendo presente de antemano que quien se enfrenta a la tarea de la interpretación constitucional se encuentra con una actividad plagada de problemas hermenéuticos, jurídicos y políticos, donde el constituyente y el legislador han prescrito

varias posibles soluciones, pero no pretende ser una lista finita, taxativa. Este ejercicio tiene límites, pero también ventanas, porque pretende dotar de plenitud al ordenamiento, pero también de dinamismo.

2.6 El sentido político de la razón, la tónica y la retórica dentro del método jurídico, aplicado al constitucionalismo.

2.6.1 ¿La interpretación es una actividad y/o un producto?

Hoy se entiende que interpretar es toda actividad de traducir, analizar, dilucidar, descubrir, entender, adscribir o atribuir significados a cualquier clase de *texto*; en sentido amplio interpretar sería la comprensión misma (como se dijo en la p. 12 y en la 46). Pero debe verse al *texto* como todo lo plasmado en letras, frases, dibujos, pinturas, símbolos, música, libros, normas, discursos, etc. es el material con el que trabaja la interpretación, pero cuando esta se objetiva termina siendo texto, la expresión es el sentido objetivo de la comprensión. Estas dos partes formarían por tanto todo lo cultural “Dicho de otro modo, la interpretación no es un proceso *a posteriori* del análisis lógico sino implícito y concomitante a él. Explicar aclarar, dar razones, es ya, intrínsecamente, interpretar” (Recas, 2006, p. 38).

Existe en la filosofía una afirmación enérgica sobre este tema: “*No hay hechos, sino interpretaciones*”, frase que se le atribuye a Nietzsche³⁵ y , más tarde, Derrida apunta “¡no hay nada fuera del texto!” (1986, p. 207) [1967] ¿A qué se referían ambos filósofos? Es complejo entender todo lo que comprende, pero pueden verse como afirmaciones que denotan que la interpretación y la argumentación son dos caras constitutivas de la cultura. Es decir, el proceso del entender y el de expresar tienen como síntesis la cultura, y nada que no haya sido parte de esos procesos puede entrar en la cultura. Todo lo que es cultura ha sido producido por estas dos actividades humanas. Pero hay que advertir que no se puede decir

³⁵ En concreto la frase está escrita en una de las controversiales obras póstumas publicada por su hermana en libro que se denomina *La voluntad de poder* y en realidad el texto dice textualmente: “Todas las hipótesis del mecanismo, materia, átomo, gravedad y choque no son «hechos en sí», sino interpretaciones realizadas con la ayuda de ficciones psíquicas” (2000, p. 462) [1901]

que alguno de ellos tenga una prelación ante el otro, lo que sí existe en ambos inevitablemente es pre-comprensión, conocimiento *a priori*, que determina tanto el interpretar, como el expresar.

Como sostiene Guastini la conclusión de una interpretación es un argumento:

“El enunciado E significa (o implica) S (...) Para sostener esta conclusión sólo se pueden utilizar dos premisas: a) en primer lugar, un argumento interpretativo, por ejemplo, <<Era intención del legislador expresar la norma N>>; b) en segundo lugar, un argumento metodológico: por ejemplo, <<se debe atribuir a cada disposición jurídica el significado que corresponde a la intención del legislador>>³⁶” (2010, p. 51).

Hay que tomar en cuenta que, aunque se les puede ver como las dos caras de una misma moneda a la interpretación y al argumento que la expresa, la forma inmaterial de la interpretación (la imagen subjetiva) y su expresión en símbolo materia no son iguales, como lo estableció Charles Sanders Pierce³⁷. Por tanto, las construcciones culturales, la relación entre interpretar y expresar textos no es meramente causa y efecto; sin duda tienen una correspondencia, pero cada una tiene su propia dinámica. Además, son procesos nunca perfectos, porque en ningún tiempo se logra decir exactamente lo que se piensa, la diferencia que Pierce establece entre el símbolo subjetivo y el objetivo tiene un abismo que los separa.

En el derecho, estas dos actividades tienen la forma de interpretar y argumentar y están en todas partes en la dogmática y en la técnica jurídica. López, citando a Guastini, hace una advertencia sobre lo que se entiende por interpretar actualmente en el derecho: “con mucha ambigüedad y en una variedad de contextos lingüísticos, a veces muy heterogéneos, se habla de interpretación para significar una actividad de descubrimiento, de dilucidación, de

³⁶ Esta diferencia, como anota Guastini, permite diferenciar que existen diferentes tipos de criterios de interpretación, pero los métodos de interpretación imponen alguno(s) de ellos.

³⁷ Ver el acápite 2.2 El círculo hermenéutico y el giro lingüístico en la interpretación constitucional, p. 47.

esclarecimiento y hasta de creación del Derecho” (2018, p. 104). Esta precisión permite ir más lejos y decir que las *ideas jurídicas (en cuanto interpretaciones)* y los *textos (en cuanto argumentos)* son lo que conforma de manera más o menos explícita la cultura jurídica, desarrollado de manera poco uniforme y a veces hasta contradictoria. Las ideas difundidas en el derecho son propiamente la ideología jurídica y de manera amplia son las formas históricas que adquiere el devenir del derecho. Argumentación e interpretación en sentido amplio pueden entenderse como partes constituyentes de la cultura jurídica.

La pretensión de corrección sostenida por Alexy (2011) es una característica de la moral humana, es una *voluntad de poder*. Si se desea denunciar la imposibilidad de todo discurso racional, paso siguiente tendría que renunciarse al lenguaje mismo para que tenga algún sentido tal denuncia. Pero, el ánimo de expresar, criticar, demostrar, anotar es una *voluntad de poder*, sí se quiere irracional; sin esta voluntad lo único que sigue es la muerte, la imposibilidad de la reproducción de la vida social. La pretensión de corrección es una expresión vital fundamental, una experiencia vital, por lo tanto, moral y política de todo ser humano. Es imposible que la interpretación y la argumentación -partes de un mismo proceso cultural- no sean politizados, a la hora de configurar la técnica jurídica, debido a esto las interpretaciones en el derecho no pueden estar guiadas solamente por criterios formales, sino que la reproducción de la vida debe ser el primer criterio del derecho, lo cual es una interpretación política.

2.6.2 La política³⁸

En base a lo manifestado en las líneas anteriores, cabe responder una crítica que es más o menos común al nuevo modelo constitucional y, de esta manera, abrir puertas para las

³⁸ Aquí se usará la palabra política para referirse a su sentido amplio como describe Bolívar Echeverría en una sección de su libro “Valor de uso y Utopía”, sección que lleva el nombre de “Lo político en la política” (1998, pp. 77-94)

conclusiones del capítulo final; esta crítica la hace Susana Pozzolo al neoconstitucionalismo sosteniendo que:

(...) fundado claramente sobre motivos de política del derecho, del todo legítimos e importantes, pero que no tienen nada que ver con el discurso teórico propiamente dicho, y del que debe ir separado. Esto, claro, asumiendo que, como escribía Bobbio, se quiera hacer teoría y no ideología. Pero, quizá, el neoconstitucionalismo no ha decidido todavía si quiere hacer teoría o ideología, y probablemente quisiera hacer ambas cosas (Pozzolo, 2009, p. 210).

Pero como se ha manifestado, la actividad interpretativa desde la partida se debe tomar como una actividad ineludiblemente ideológica-política para determinar cuál es el principio ético -fin- que guía tal interpretación y, con ello, resolver los problemas prácticos y abstractos. Por ejemplo, cuando se indica que el fin del derecho es la justicia o que el fin es el principio de reserva legal significa tomar esa postura –política- ante el derecho y encaminar la comprensión –la razón- desde ese momento a unos posibles contenidos y criterios que se van usar para alcanzar dichos fines, como se vio en el capítulo de los criterios tradicionales (pp. 15-25): “la elección entre principios metodológicos alternativos no admite un argumento estrictamente <<jurídico>>: dicha elección sólo puede sostenerse con argumentos *latu sensu* políticos” (Guastini, 2010, p. 51). Para Calvo: “El engaño tendría su origen en la obstinación de estas teorías por no comprender que la elección dentro del marco de apreciación que permite la norma general <<no es un problema teórico-jurídico, sino político-jurídico>>” (Calvo, 1994, p. 124).

Se entiende que Guastini al titular su libro como “Teoría e ideología de la interpretación constitucional” (2010) pretende indicar que el constitucionalismo es un *modelo* de ideologías, o, por lo menos, una teoría inundada de ideologías. Como se sabe, las normas de una constitución son justamente acuerdos políticos, por ejemplo, en el Ecuador pretenden lograr

el *Buen Vivir* de la sociedad (Acosta, 2012, pp. 27-35). En este contexto, es común decir que una constitución es un contrato social y que, por ello, es la base legítima del derecho. De esta manera, el derecho del *modelo* constitucional reconoce su carácter político. Lo hace tanto en lo práctico porque los problemas prácticos del derecho son -por definición- sociales y, por tanto, políticos; en lo abstracto, porque ahí se discute -y se corrige- el contenido de los valores que están en una norma, problemas morales que están prescritos, en virtud de los acuerdos políticos a los que llega una sociedad.

La voluntad positivista de eliminar los desvíos afectivos y el “segmento de fantasía” como funciones de la mente humana, tiene efectos políticos claramente observados por Giambattista Vico acerca de la dirección que ejercen los productos del conocimiento sobre la acción histórica. (Márquez, 2007, p. 105)

No hace falta el contractualismo de Rousseau ni el de Hobbes para demostrar la “necesidad” de la vida en comunidad y lo que esto implica en el derecho. Al ser mamíferos nacemos de la comunidad y no en la individualidad (incluso Robinson Crusoe se perdió y no nació perdido (Dussel, 2014, p. 33)). “La comunidad” de la especie humana es un hecho físico y la interpretación en el derecho no debe perder de vista aquello. Dussel considera que el primer principio ético y el fin último es la vida (2014, p. 53). Incluso si el derecho es una tarea meramente silogística de deducción lógica, el valor situado en lo más alto de cualquier pirámide ha de ser ese, la vida. Pero en general, el carácter político que poseemos es lo que debe guiar la interpretación del derecho.

El modelo constitucional entiende que el derecho es la posibilidad de regular éticamente el carácter político del ser humano y, por ello, ha de interpretarse los textos jurídicos anteponiendo las condiciones de reproducción de la vida. Con ello, no quiere oponerse a la técnica jurídica, sino que es necesario modificarla para perseguir ese fin. La técnica jurídica

que se propone con las teorías estándar de la argumentación es complementar la lógica formal con el discurso tópico y retorico (Atienza, 2005). Sin embargo, usar la idea de persuadir o convencer con argumentos, como propone Perelman, para establecer qué razones (ideas o interpretaciones) deben prevalecer en un caso, es un tema *álgido*, porque en principio no existen motivos suficientes para que una perspectiva prevalezca ante la otra. Pero el modelo constitucional despliega el uso de la tópica y la retórica, justamente porque es una forma del discurso que puede adaptarse a la naturaleza caótica de las ideologías de una sociedad y ayudar a la técnica jurídica a resolverlos.

El derecho usa el lenguaje de la retórica y la tópica porque se ajusta mejor al carácter de textura abierta ya reconocido al interior del discurso jurídico, lo que permite utilizar herramientas interpretativas que dispongan de argumentos más disimiles y materiales, políticos propiamente dichos, a comparación de la lógica formal que, para la validez de una decisión, era únicamente posible el silogismo. Se establece que en general se puede interpretar a partir de “expedientes argumentativos” y al no ser ya tan solo el criterio literal, teológico, lógico, dinámico o sistemático en un orden jerárquico, sino que se suman la proporcionalidad, la ponderación, todos los principios y el contenido de los derechos, entonces el rango axiológico-político del que parte los modelos constitucionales son sumamente más amplio que el anterior. El método jurídico gana flexibilidad y se ingresa en el papel de la tópica y la retórica donde el producto de las interpretaciones -los argumentos- se desenvuelven para buscar su validez material (el silogismo asegurara la validez formal).

Pero, debemos detenernos para preguntar ¿Qué significa que, en el debate plural de las ideas, se trate de <<convencer>> con la mejor retórica? En este aspecto el derecho constitucional ha tomado una función diferente a la del derecho puramente positivista, donde el requisito era simplemente que la ley sea respetada, un asunto de coerción del Estado. En cambio, ahora el derecho se compromete con una función política llevando a cabo una

deliberación abstracta que parte del reconocimiento de una sociedad plural (democrática) y que pretende *corregir* y mejorar el contenido de los derechos (Zagrebelsky, 2009, p. 135).

En el Estado liberal de derecho, no se sentía la agudeza de estos problemas y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador. Ello deriva no en una mejor y más clara doctrina de la interpretación, sino simplemente de un contexto político y cultural más homogéneo (...) la razón de la temida <<explosión >> subjetiva de la interpretación se encuentra, una vez más, en el carácter pluralista de la sociedad actual (Zagrebelsky, 2009, p. 134).

Al ser el constitucionalismo consciente del pluralismo del que parten sus postulados, que existen diferentes formas de ver el derecho –ideas contrapuestas sobre el propio quehacer jurídico-, lo importante será que las diferencias se expliciten, se justifiquen y dialoguen, que los conflictos se resuelvan dentro de las posibilidades constitucionales permitidas, es decir, los acuerdos políticos establecidos y que estos se optimicen.

Entonces la función actual del derecho es la de ser un quehacer deliberativo (y por ello retórico) en relación a la corrección de los argumentos morales y políticos, se tiene que del contenido de la ley, de los derechos y la justicia, un contenido que no se ve más como esencialista, sino que se construye -desde lo político-. Más allá del criterio de interpretación que se utilice lo importante para el derecho actual es garantizar los derechos en los casos que se presenten. Para ello, el juez debe justificar la técnica en la que decidió interpretar, claro está; pero también debe justificar las razones políticas que hacen validas dicha decisión. Para esas dos justificaciones, el modelo constitucional recurre frecuentemente a la tópica y la retórica como el discurso propio para llevar esa labor.

Explicitar el carácter político del actual derecho no resulta una fórmula mágica que resuelva los problemas de la interpretar el derecho. El trabajo para aminorar la

discrecionalidad del derecho es doble; implica profundizar en el carácter técnico de los criterios de interpretación para dejar atrás sus carencias, y a la vez observar con atención las características de las relaciones política que hay en él. Por tanto, a la dogmática jurídica le incumbe disputar conceptos políticos, como por ejemplo, las ideas que organizan el Estado. Esto quiere decir que el debate sobre una correcta interpretación se convierte en el debate de una validez tópica y retórica, validar la capacidad de razonar tanto del juez, como de la dogmática y de la ciudadanía, porque este proceso político-jurídico rebasa la aplicación del derecho -su dimensión práctico- y, por ello, alcanza una dimensión abstracta.

Entonces, si el carácter político del modelo constitucional da paso a una interpretación “abierta”, vale preguntarse ¿Cuáles deben ser los límites de una interpretación “abierta”? Huertas establece que los límites serían la misma constitución y la división de poderes, sobre todo con el legislativo por el principio de reserva de ley (1997, pp. 46-47). No es la intención de casi ningún jurista hoy en día proponer un “Derecho libre” y tampoco es aconsejable una concepción escéptica radical semejante a la de Dworkin, que posiblemente significaría construir todo desde cero (Calvo, 1994, 201 - 210), echando abajo siglos de pensamiento jurídico y hacer una edificación -posiblemente con principios iusnaturalistas-. Los problemas que se presentan diariamente en el derecho necesitan ser resueltos de la mejor manera posible y a la vez optimizar la dogmática jurídica, para interpretar mejor las normas jurídicas; al respecto y para terminar este punto prefiero citar *in extenso* la posición de Atienza:

Finalmente, lo que he denominado función política o moral de la teoría de la argumentación jurídica tiene que ver con la cuestión del tipo de ideología jurídica que, inevitablemente, está siempre en la base de determinada concepción de la argumentación. Como antes se ha visto, tanto MacCormick como Alexy parten de una valoración esencialmente positiva de lo que es el derecho moderno (el derecho de los estados democráticos) y de la práctica de su interpretación y aplicación. Aunque ambos difieren de Dworkin (el alejamiento, de todas formas, parece ser mayor

en el caso de MacCormick que en el de Alexy) en cuanto que no aceptan la tesis de que para todo caso jurídico existe una sola respuesta correcta, siguen considerando —como Dworkin— que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta. En definitiva, el presupuesto último del que parten es el de que siempre es posible hacer justicia de acuerdo con el derecho. Ahora bien, en mi opinión, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción —una ideología política y moral— más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista (Atienza, 2005, p. 218).

En definitiva, este apartado es una síntesis con asunciones personales a las que se arriban después de la investigación realizada sobre la actual interpretación jurídica y el modelo constitucional. Por ello, respondiendo a Susana Pozzolo, debo decir que realmente sería deseable que se realice a la vez una *teoría* y una *ideología* del derecho, tanto en la aplicación como en el estudio del derecho, puesto que en ninguna de esas dos actividades se puede separar al derecho de la política, y por tanto, de las ideologías que componen los razonamientos y argumentos jurídicos; y una de las funciones del derecho es la corrección de los argumentos morales y políticos que conforman esas ideologías mediante la aplicación de una lógica formal y material.

2.7 Retos y conclusiones.

Se ha visto como el método formalista empezó a ser criticado por el método normativo-sociológico a finales del siglo XIX, pese a ello el formalismo llegó a su cúspide a mediados del siglo pasado de la mano de Kelsen y Hart fetichizando conceptos formales del sistema jurídico. Luego surge el método tópico retórico con una visión postpositivista, que aun convive con corrientes positivistas. El método tópico retorico para conformarse toma los aportes del método formalista y las críticas que había hecho el método normativo sociológico.

Esto, además acompañado los avances de la nueva hermenéutica y el giro lingüístico de las ciencias sociales que habían generado un *giro de tuerca* en la visión y el entendimiento del mundo.

A la pregunta de investigación sobre si son suficientes los criterios de interpretación de la ley en el modelo constitucional, se debe responder que no. Los criterios son prácticamente los mismos, pero existe una forma estructuralmente diferente de hacer y ver a la interpretación, justamente porque no son suficientes los criterios de interpretación de la ley. Esta insuficiencia del método dogmático-normativo se da por mirar solo los caracteres formales del sistema; de ello se ha percatado la dogmática jurídica de manera determinante cuando Hart explicita la textura abierta de los textos normativos, así dejó claro que existen “espacios de no derecho” y lo mismo paso cuando Kelsen dejó abierta una ventana abierta al considerar que la norma hipotética fundamental del derecho no es una norma jurídica (Calvo, 1994, pp. 146-155). Los espacios del no derecho muestran la debilidad de usar únicamente una lógica formal.

A través de la revisión de la historia del método jurídico, se puede observar que existe fundamentos de la dogmática jurídica que están enquistados en ella, como: la certeza, la coherencia, la plenitud, la racionalidad, la sistematicidad; de los cuales es necesario hacer una lectura *práctica* y *crítica*, porque son cualidades más bien ideológicos que sirven para la producción y legitimidad del ordenamiento jurídico. Esto no es malo *per se*, pues el sistema de producción y legitimación autorreferencial tiene una utilidad práctica importante en sociedades complejas como la actual, dado que es necesario ese expediente argumental que permite resolver los conflictos que se le presentan a un juez.

la diferencia entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución sólo puede hacerse de forma clara con base en tres criterios: de tipo objetivo, subjetivo y teleológico. En

consecuencia, la operación de la interpretación de la Constitución es diferente porque así lo exigen las normas que han de ser interpretadas, porque son diferentes los intérpretes y porque la finalidad que se persigue con una y otra son distintas. (López, 2018, p. 119)

El establecimiento de un orden jurídico a través de prescribir definiciones que tienen rango de ley es un intento por acotar la indeterminación a la hora de resolver hechos jurídicos.

Tarea siempre inacaba porque no existe algo ontológicamente certero, sino que es la razón humana la que dota de sentido a su entorno; pero, la interpretación en tanto producto de la razón no puede calificarse como irracional, ya que esa estructura de la comprensión es completamente inevitable. Es también inevitable mantener dogmas inquebrantables que ayuden a construir la dogmática jurídica. Sin embargo, para ello el diálogo de la pluralidad de razonamientos permite de llegar a cotas más altas de satisfacción de una pretensión de interpretación razonable.

En síntesis, se puede decir que los antiguos criterios de interpretación de la ley son solo una herramienta -un expediente argumental-, en el modelo constitucional existen más instrumentos, por ejemplo, en la Constitución del Ecuador se reconocen como criterios de integración del ordenamiento jurídico a la proporcionalidad y la ponderación, que son formas de resolver el conflicto entre principios o derechos; es destacada también como herramienta interpretativa los principios de interpretación que se encuentran en el LOGJCC y en general los principios que están en la Constitución del Ecuador y los prescritos en cada ley especial, ya que guían la interpretación de las reglas o de los derechos. Aparte P. Haberle, sugiere que otro criterio³⁹ de interpretación, el cual sería el análisis comparativo de las constituciones, un ejemplo, de como la dogmática puede proponer más criterios interpretativos en el marco de un método flexible.

³⁹ Haberle habla de método.

Como se hizo en este trabajo, por razones expositivas y conceptuales, se considera mejor entender lo que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha conocido tradicionalmente por métodos de interpretación como *criterios* de interpretación. Como se vio en un inicio, un método es un proceso con diferentes presupuesto, fases y etapas; los elementos que se buscan en una norma como el sistemático, teleológico, histórico, literal y lógico sirven en realidad como *criterios* de un método más amplio como los son el exegético, el formalista, normativo sociológico o el tópico retórico.

En todo caso, los criterios de interpretación tradicionales se usan igualmente en el modelo constitucional, pero se relacionan de un modo diferente de entender el quehacer jurídico, debido a que existe una diferente mirada *epistemológica*; una *nueva hermenéutica* y se considera la <<lingüística>> del texto normativo (Calvo, 1994, p. 181). Se deja de lado la visión voluntarista de la ley, que conmina al juez a encontrar el significado inmanente de la norma principalmente con el sentido literal de la ley o la intención del legislador, lo que elevaba a nivel de dogma una supuesta racionalidad del texto normativo. Ahora el juez puede integrar la norma de una forma más flexible, sin que ello signifique que el derecho deje de ser un fenómeno autoritativo.

(...) queda claro que la actuación de los juzgadores en el contexto de la justicia constitucional, no está gobernada por las mismas concepciones, principios o directrices, rígidas y excesivamente formales, que gobiernan la justicia ordinaria, en la que., las actuaciones de los sujetos procesales, en cada una de las etapas, están expresamente delimitada por la ley, y en la cual, el razonamiento del juzgador en la resolución final, principalmente, se reduce a un ejercicio de subsunción de los hechos frente a la regla jurídica; a diferencia de la justicia constitucional, por la que el juzgador, dado su rol de tutelar de manera efectiva los derechos constitucionales, está obligado en la construcción de su razonamiento judicial, a la aplicación directa de la Constitución y al empleo de aquellos métodos o herramientas de interpretación que le faculta el ordenamiento jurídico, a

efectos de aterrizar las categorías abstractas contenidas en la Norma Suprema en forma de derechos o principios al caso en concreto (SENTENCIA N.0 141-18-SEP-CC, 2018, pp. 66-67)

La perspectiva epistemológica en la que se encuentra actualmente el derecho es fundamental para eludir un sin número de debates: hoy sabemos que en conocimiento jurídico no se busca “la verdad” en las normas; esa es una tarea del conocimiento en general - de la epistemología propiamente- (solo de forma indirecta y abstracta el derecho tiene esa tarea). En realidad, como ya estableció Kelsen los resultados de las interpretaciones en el derecho deben ser calificadas como correctas o incorrectas, como aceptables o no aceptables, según se ajusten o no al sistema de reglas y principios del ordenamiento jurídico.

El evidenciar la <<lingüísticidad>> del análisis jurídico, ha hecho que el análisis de las ideas deje de ser esencialista -en el sentido platónico- y de esta manera se destaque la participación social en la construcción de las ideas a través del lenguaje. Dado que no existe una ontología fija del contenido de la norma, se marca a la discrecionalidad no como un abuso de la potestad jurisdiccional, sino como una característica del lenguaje porque es siempre ambiguo y vago; y, se debe insistir en que eso imposibilita la existencia de una única respuesta posible (como se vio en la p. 53).

Por otro lado, la nueva hermenéutica -que llega de la mano de autores como Betti o Heidegger- se da cuenta de la existencia del círculo hermenéutico y, de esta manera, de la dialéctica que tiene la interpretación de las normas. El proceso entre el texto y su intérprete hace que exista una correspondencia entre estos dos. Se proporciona convicción para que el rol de la función judicial no sea el de receptores pasivos de las letras muertas de la ley, darle un rol pasivo al juez solo enmascara la relación. Si el texto está muerto y la interpretación es solo una mediación de los mensajes del texto (como lo era Hermes en la mitología griega).

Entonces, en ese paradigma a menos que se crea en un legislador omnipotente y siempre racional, la sociedad también estará muerta. Por el contrario, se debe integrar las diferentes fuentes del derecho y actualizar el conjunto de disposiciones del sistema normativo para enfrentar el caso en concreto, ponderando *el principio de equidad* con las reglas del ordenamiento jurídico (como se vio en la p. 81), sin embargo, *prima facie* las reglas y principios positivos son los que gobiernan el ordenamiento jurídico.

El quehacer jurídico actualmente revela la necesidad de que el constitucionalismo, como modelo que rige hoy los ordenamientos jurídicos, legitime y justifique las decisiones jurídicas no solamente de manera autorreferencial, es decir, autónoma y formal lo cual es básico y necesario, pero, son forzosos también otros criterios heterónomos (políticos, sociales, psicológicos, económicos, etc.) para una justificación y legitimación *material* de ese sistema normativo.

De esta manera, el modelo constitucional procura girar su mirada hacia la importancia del intérprete y la *voluntad de poder* que enviste al juez como a cualquier otra persona; lo cual representa no pocos conflictos. El fenómeno jurídico por excelencia sigue siendo la norma, pero la posibilidad de encontrar objetividad en su aplicación se encuentra en entender el fenómeno de la decisión judicial, y dotarlo de herramientas dinámicas que le permitan actualizar la norma para responder a las demandas sociales sin desatender lo prescrito en las leyes.

Hasta aquí concurren al menos tres conclusiones sencillas:

1) El criterio literal es elemental como acercamiento inicial a un texto, pero no deja de suscitar dificultades y hace falta recurrir a otros criterios.

2) Actualmente el conocimiento de la relación entre el lenguaje y el sujeto y de estos con los objetos que se interpretan permiten realizar mejor la aplicación del derecho; y,

3) El método tradicional silogístico-subsuntivo debe usarse para el examen lógico-formal y así analizar el correcto salto de las premisas, pero es insuficiente para alcanzar la validez material de las resoluciones en países como el Ecuador donde la justicia es un valor que también integra el ordenamiento jurídico.

Ahora, posiblemente el aspecto más complejo del problema de la interpretación jurídica en estos términos es encontrarse frente al escepticismo o el relativismo del contenido de los derechos. Obviamente, dudar sobre el significado de la piedra angular de cualquier ordenamiento -los derechos- es algo absolutamente no deseable. Es por ello que el positivismo todavía tiene aceptación entre muchos sectores de los juristas. La seguridad jurídica puede ser vista críticamente solo como un valor liberal-burgués, pero es ineludible verlo como un valor positivo: para la igualdad formal y material. Acotar la arbitrariedad y asegurar el cumplimiento de los derechos es imprescindible y es un reto; por ello, Manuel Calvo García plantea la economía política de la imprecisión y apuesta por una dogmática jurídica que se encamine a reducir las incertidumbres (1994, pp. 249-282).

A partir de esto, la construcción de una nueva dogmática de la interpretación jurídica no solo que no puede echar abajo todos los dogmas del derecho y empezar de cero, sin el uso de la dogmática jurídica tradicional quedaríamos completamente sin herramientas para enfrentar los fenómenos jurídicos. Tampoco se puede partir de cualquier teoría, porque existe una variedad de marcos conceptuales que se pueden utilizar para enfrentar el significado de una norma, y no todos son compatibles para el mundo contemporáneo. Esta variedad de marcos conceptuales, de cierta manera, ya está limitada por los acuerdos políticos que se encuentran en una constitución, pero el problema es que la dogmática jurídica permite resolver de diferentes maneras esos acuerdos, porque no se llegan a un consenso sobre aspectos esenciales de la técnica jurídica.

Esto es una advertencia para los intérpretes constitucionales, dado que para interpretar e integrar el sistema jurídico se debe comprenderse de forma pródiga los marcos conceptuales que engloban las diferentes métodos y criterios de interpretación; temo que muchas veces se está realizando la interpretación de una norma asumiendo ligeramente dogmáticas diversas y, a veces, contradictorias.

El marco conceptual que mejor enfrenta los problemas actuales de la interpretación jurídica son las teorías precursoras y estándar de la argumentación jurídica que traen consigo la tópica y la retórica como complemento de la lógica-formal, en donde lo importante es enseñar cómo se debe convencer o persuadir a un auditorio (un juez, un tribunal o en general a la ciudadanía) mediante razones o sentimientos.

Sin embargo, la crítica a este paradigma discursivo es que todavía se elude la responsabilidad de saber cuáles son los valores que se deben elevar a principios o cuáles son más importantes en cada caso. Se tiene, por ahora, una tarea programática de averiguar el mejor contenido de los textos jurídicos, pero esa tarea esta guiada por un saber instrumental, lo cual puede ser peligroso.

La actual postura positivista ataca como irracional el esquema de la corrección de las ideas dentro del derecho, pero al hacerlo, los conflictos del sistema legal quedan intactos. El esquema de Alexy sobre la posibilidad de que exista una pluralidad de opciones correctas es que vale más considerarlo así, a que se tengan que negar todos los significados de una norma en detrimento de un solo significado, porque la elección que es igual discrecional. En este sentido, el derecho está sostenido por elementos que se saben son dogmáticos -ideológicos-, pero -por lo menos- se pretende la corrección de esos dogmas morales que sostiene el sistema jurídico.

Alexy considera que la ponderación, la proporcionalidad y los principios son herramientas metodológicas que sirven a partir del surgimiento de la teoría constitucional para pensar los

derechos y su puesta en desarrollo. El debate no se encuentra cerrado, sigue existiendo en el medio la necesidad de acotar la discrecionalidad y asegurar el cumplimiento de los derechos. Ahí se sitúan los problemas de la interpretación intercultural, que es problemático sobre todo por las condiciones de asimetría del diálogo y, a veces incluso, por la imposibilidad de que dos cosmovisiones se encuentren en su mirada de unos mismos objetos.

La interpretación jurídica tiene sus límites bien marcados, quizá el más importante es el apego al mandato de la autoridad a través del sentido literal del texto, si a ello se le acompaña la pre-comprensión (López, 2018, p. 107) y la fuerza hegemónica de la dogmática jurídica, sabremos que el juez está envuelto en una verdadera camisa de fuerzas. Pero el juez tiene siempre una cuota de discrecionalidad, acompañado de que en la práctica cada acto está lleno de facticidad como esclarecía Heidegger (Leyte, 2015, pp. 57-59).

Si existen leyes al estilo copernicano o newtoniano que doten un orden único a lo jurídico en el Estado constitucional, estos no son solo las que deciden la democracia a través de los legisladores, sino las consideras convenientes por razones jurídicas que deciden los jueces. Sin embargo, estremece pensar en la posibilidad que planteaba la escuela del Derecho libre en su idea radical de que el juez crea el derecho. Ciertamente el juez no le compete una creación de la nada en el derecho, porque tienen que seguir normas formales de la técnica jurídica, y principalmente porque cumplen el mandato de una autoridad; pero le compete descubrir nuevos argumentos que refuercen los axiomas donde están asentados los principios éticos de la vida social.

Los conceptos e instituciones que se encuentran en la Constitución del Ecuador (2008) son una concreción particular e histórica del derecho como dispositivo de poder, una ruptura y una continuidad; por un lado, lleva consigo toda la carga de la dogmática tradicional con su utilidad y sus desaciertos, pero también tiene una mirada innovadora de los derechos humanos que llaman a un proceso de emancipación.



Como vemos la labor de los jueces es parte sustantiva de una deliberación plena de lo *que significa la vida en sociedad*, por lo que, el devaneo entre ideas hegemónicas, rupturas impredecibles en la cultura jurídica y la autoridad de la ley invita a preguntarse ¿Qué tanta posibilidad de un uso emancipatorio del derecho permite la interpretación jurídica? Debatir en este dispositivo de poder encierra una responsabilidad que debe desarrollarse con transparencia y honestidad, es decir, una responsabilidad ética del derecho. Basado en la teoría de Dussel, para mí la nueva visión hermenéutica exige que la categoría ética última para todos los métodos -del derecho en este caso- debe ser la vida misma, la vida buena; y no estaría dispuesto a aceptar una separación entre la técnica del derecho y la ética del derecho.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (2017). *Código Civil ecuatoriano*. Quito: Registro Oficial.
- Acosta, A. (2012). *Buen Vivi Sumak Kawsay, Una oportunidad para imaginar otros mundos*.
Quito: Abya-Yala.
- Agamben, G. (may./agos. de 2011). *¿Qué es un dispositivo?* Recuperado el 02 de Diciembre de 2018, de Licencia Creative Commons:
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187-01732011000200010&script=sci_arttext
- Aldunate, L. B. (1998). La fuerza normativa de la Constitución. *Revista chilena de derecho*, 137-142.
- Alexy, R. (2012). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: UBA y AD-HOC.
- Alexy, R. (2014). La formula del peso. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 25-58). Quito: Cevallos editora jurídica.
- Álvarez Yágüez, J. (2016). Hegemonía gramsciana y hegemonía populista. *Claves*, 1 - 8.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución*. Montecristi: Registro Oficial.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho Teorias de la argumentación jurídica*. Mexico D.F: Instituto de Investigaciones Jurídica, UNAM.
- Atienza, M., & García , A. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Lima: Palestra.
- Ávila Santamaría, R. (2017). El constitucionalismo del oprimido. *Boletín Informativo Spondylus*, 1-21.
- Beccaria, C. (1969). *De los delitos y las penas*. Barcelona: Ediciones Orbis, S.A.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Ariel S.A.
- Calvo, M. G. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.

Carbonell, M. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Carbonell, M. (2014). *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y proporcionalidad*.

Quito: Cevallos editora jurídica.

Carbonell, M. (5 de Septiembre de 2018). El método teleológico de interpretación. Ciudad de

México, México D.F., México. Obtenido de

<https://www.youtube.com/watch?v=4jx09w8qC2k>

Carnelutti, f. (2012). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Correas, O. (1996). Sobre la interpretación jurídica del derecho y la democracia. *TRAVESIAS,*

Política. Cultura y Sociedad en Iberoamérica, 245-250.

Correas, O. (2004). Retórica, Racionalidad y Derecho. *Revista Mexicana de Justicia*, 29-40.

Correas, O. (2011). La Teoría General del Derecho Frente a la Antropología Política. *Revista*

Popular y Fronteras Digital, 89-115.

Cuello, H. (2004). *Epítome*. Cuenca: Universidad de Cuenca.

De Cabo Martín, C. (2014). *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta.

De Cabo Martín, C. (28 de Noviembre de 2015). Constitución y República. Valencia,

Valencia, España. Recuperado el 22 de Abril de 2019, de

<https://www.youtube.com/watch?v=3TGvCnsT8MI>

De Sousa Santos, B. (2007). El Discurso y El Poder. *Revista Crítico Jurídico*, 77-98.

De Sousa Santos, B. (2011). *Derecho y Emancipación*. Quito: Corte Constitucional para el

periodo de Transición.

De Sousa Santos, B. (2011). Epistemologías del Sur. *Revista Internacional de Filosofía*

Iberoamericana y Teoría Social, 17-39.

Derrida, J. (12 de octubre de 1997). *Derrida en castellano*. Recuperado el 25 de Agosto de

2018, de Derrida en castellano: <https://redaprenderycambiar.com.ar/derrida/index.htm>

Dussel, E. (2010). *20 Tesis de Política*. Caracas: El perro y la rana.

- Dussel, E. (2014). *16 Tesis de Economía Política*. México D.F, México: Siglo XXI.
- Dussel, E. (2016). *14 Tesis de ética. Hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Trotta.
- Echeverri Quintana, E. (2016). La interpretación constitucional: ¿eclipse del control al poder? *IUS*, 59-82. Recuperado el 24 de Enero de 2019, de
file:///C:/Users/Juan/Desktop/Textos%20tesis/Dialnet-LaInterpretacionConstitucional-6629467.pdf
- Echeverria, B. (1998). *Valor de uso y utopía*. México D.F: Siglo veintiuno.
- Ehmke, H. (2008). Principios de la interpretación constitucional. *THEMIS: Revista de Derecho*, 7-12. Recuperado el 24 de 1 de 2019, de
file:///C:/Users/Juan/Desktop/Textos%20tesis/Dialnet-LaInterpretacionConstitucional-6629467.pdf
- Fernández de Códova, P. (1998). *Apuntes de Filosofía del Derecho*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Ferrater Mora, J. (2001). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel S.A.
- Feyerabend, P. (1986). *Tratado contra el método*. Madrid: Tecnos S.A.
- Foa Torres, J. G. (2013). Psicoanálisis y derecho: elementos para una crítica lacaniana de la ideología jurídica. *Crítica Jurídica*, 133-163.
- Foucault, M. (1967). *Historia de la Locura en la Época Clásica*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2015). *La ética del pensamiento: para una crítica de lo que somos*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Gadamer, H.-G. (2005). *Verdad y Método* (Tercera ed.). Salamanca, España: Sigueme.
- García Amado, J. A. (1986). Del método jurídico a las teorías de la argumentación. *Anuario de filosofía del derecho*, 151-182.

- García Amado, J. A. (13 de abril de 2016). Contra la ponderación. Santiago de Chile, Metropolitana de Santiago, Chile. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=IJ-kPwq1mrI&t=3s>
- Gargarella, R. (2015). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *ESTUDIOS SOCIALES, revista universitaria semestral*, 169-172. Recuperado el 2 de Diciembre de 2018, de <file:///C:/Users/Juan/Desktop/Textos%20tesis/Dialnet-El%20Nuevo%20Constitucionalismo%20Latinoamericano-%20Roberto%20Gargarella.pdf>
- Gaxiola, N. C. (2015). *Teoría Crítica y Derecho Contemporáneo*. Mexico D.F: Editorial Horizontes.
- Gianformaggio, L. (1987). Lógica y argumentación en la interpretación jurídico o tomar a los juristas interpretes en serio. *Doxa*, 87-108.
- Gimeno Presa, M. C. (2003). La interpretación literal de la Ley. *Anuario de filosofía del derecho*, 131-150.
- Guastini, R. (2008). Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación. *Doxa*, 143-155. Obtenido de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/19163/1/Doxa_31_07.pdf
- Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y Argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomia*, 11-48.
- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de derecho constitucional europeo*, 379-414.
- Hernández Marín, R. (1986). *Métodos jurídicos*. Barcelona: Anuario de Filosofía del Derecho.

- Huerta Guerrero, L. A. (1997). Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales. *Serie de Lecturas Constitucionales*, 23-59.
- Kafka, F. (2011). *El proceso*. Madrid: Edimat libros, S.A.
- Kaufmann, A. (1996). Concepción hermenéutica del método jurídico. *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra*, 11-38.
- Lander, E. (2000). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Leyte, A. (2015). *Heidegger El fracaso del ser*. España: Batiscafo, S. L.
- López Hidalgo, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Quito: UASB-E.
- Marín, C. (2014). *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*. Madrid: Trotta.
- Márquez, R. P. (2007). “El Proceso” de Kafka desde la retórica. *Foro interno*, 93 - 121.
- Martínez, L., & Fernández, J. (1990). *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Martínez Dalmau, R. (2016). Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos. *Revista IUS*, 129-151.
- Marx, K. (11 de Enero de 1844). *Archivo de Marx y Engels*. (R. Cisterna, Ed.) Obtenido de Archivo de Marx y Engels: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1844/intro-hegel.htm>
- Narváez, M. S. (2014). *Epistemología de las Ciencias Físicas*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Navarro, P. (2000). Enunciados jurídicos y proposiciones normativas. *Isonomía*, 121 -155.
- Recuperado el 07 de mayo de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000100121

- Navarro, P. E. (2007). Eugenio Bulygin y la Filosofía del Derecho contemporánea. En J. J. Moreso, *Eugenio Bulygin y la Filosofía del Derecho contemporanea* (págs. 15 - 32). Barcelona: MARCIAL PONS. Recuperado el 21 de Marzo de 2019, de <https://www.marcialpons.es/media/pdf/100799308.pdf>
- Nietzsche, F. (2000). *La voluntad de poder*. Madrid: Edaf. Recuperado el 06 de mayo de 2019, de <https://ferrusca.files.wordpress.com/2013/08/voluntad-de-poder.pdf>
- Pachano, F. (2002). Apuntes sobre la Interpretación Constitucional. *Iuris Dictio*, 75-79.
- Peirce, C. S. (1974). *La ciencia de la semiótica*. Buenos Aires : Nueva visión.
- Pisarello, G. (2011). *Un lago Termidor Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte constitucional para el Período de transición.
- Prieto Sanchis, L. (2005). *Neo Constittucionalismo y Pónderación Judicial*. Madrid: Trotta.
- Pulido, C. B. (2011). *La doble dimensión del derecho Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Lima: Palestra.
- Real Academia Española. (2018). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=P7dyaFK>
- Recas Bayon, J. (2006). *Hacia una hermenéutica crítica*. Madrid: Almagro.
- Risso Ferrand, M. (2015). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 217-254.
- Rousseau, J. J. (1972). *Contrato Social*. Madrid: Colección Austral.
- Saavedra, M. (1969). *Interpretación del derecho e ideología: elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*. Granada, España: Universidad de Granada.
- Salazar Ugarte, P. (2011). El constitucionalismo de Norberto Bobbio un puente entre el poder y el derecho. En G. Q. Heriberto M., *Norberto Bobbio centenario* (págs. 73-91). Mexico Df: Fontamara.

- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. P. González Pérez, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (págs. 345-386). México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>
- Santamaría Ariza, R., & Barreto de Sá, G. (2016). Sociología Impura del Derecho o Dejar de Investigar para que el estatus legal permanezca igual. *Direito y Praxis*, 750-770.
- Santillán, J. F. (2011). *Norberto Bobbio centenario*. Mexico D.F: Fontamara.
- Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC, Caso No. 0020-09-IC (Corte Constitucional 09 de septiembre de 2010).
- Sozzo, M. (2016). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO.
- Vázquez, R. (2011). *Normas, razones y derechos*. Madrid: Trotta.
- Velluzze, V. (1998). "Interpretación sistemática" ¿un concepto realmente útil?: consideraciones sobre el sistema jurídico como factor de interpretación. *Doxa*, 65-82.
- Vértiz, F. (2013). Los abogados populares y sus prácticas profesionales. Hacia una aplicación práctica de la crítica jurídica. *Crítica Jurídica* , 251 - 274.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En R. Viciano Pastor, & R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo en América Latina* (págs. 207-233). Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Villaverde Menéndez, I. (2014). La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad. En M. Carbonell, *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad* (págs. 153-168). Quito : Cevallos editora jurídica.
- Wittgenstein, L. (2017). *Investigaciones filosóficas* . Madrid: Trotta.



Wolkmer, A. C. (1987). Para uma hermenéutica jurídica crítico-emancipatória. *Revista seqüência*, 14-24.

Wolkmer, A. C. (2003). *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*. Buenos Aires: CONEJUS.

Zaffaroni, R. E. (2011). *La pachamama y El humano*. Buenos Aires: Ediciones Madre de Plaza de Mayo.

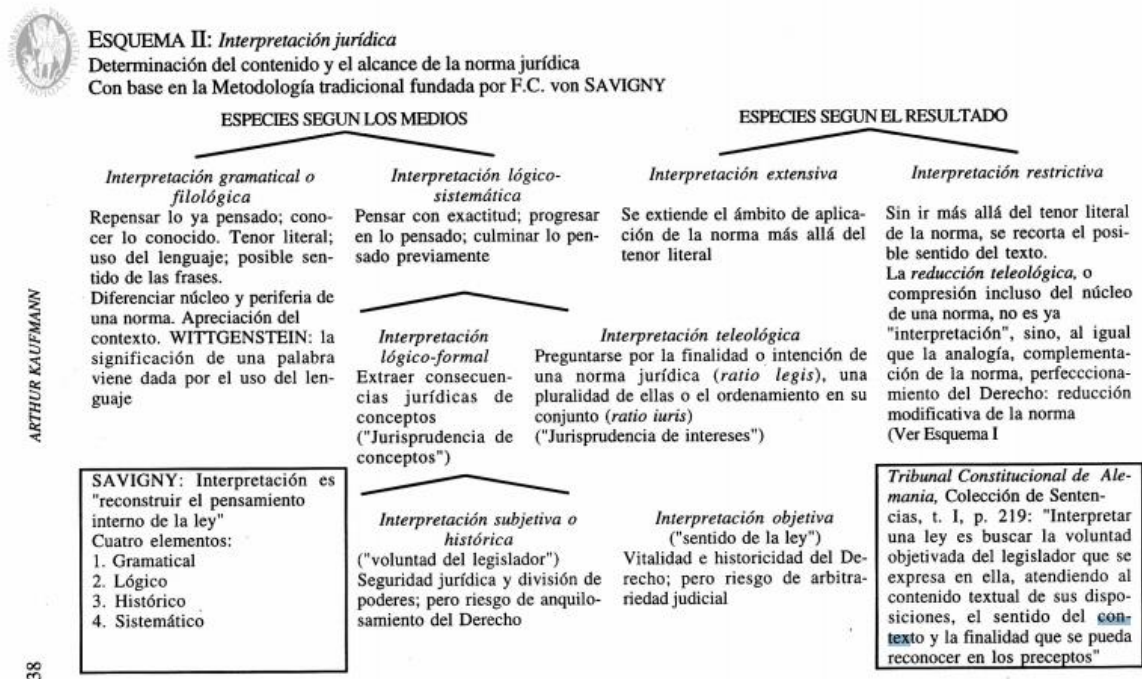
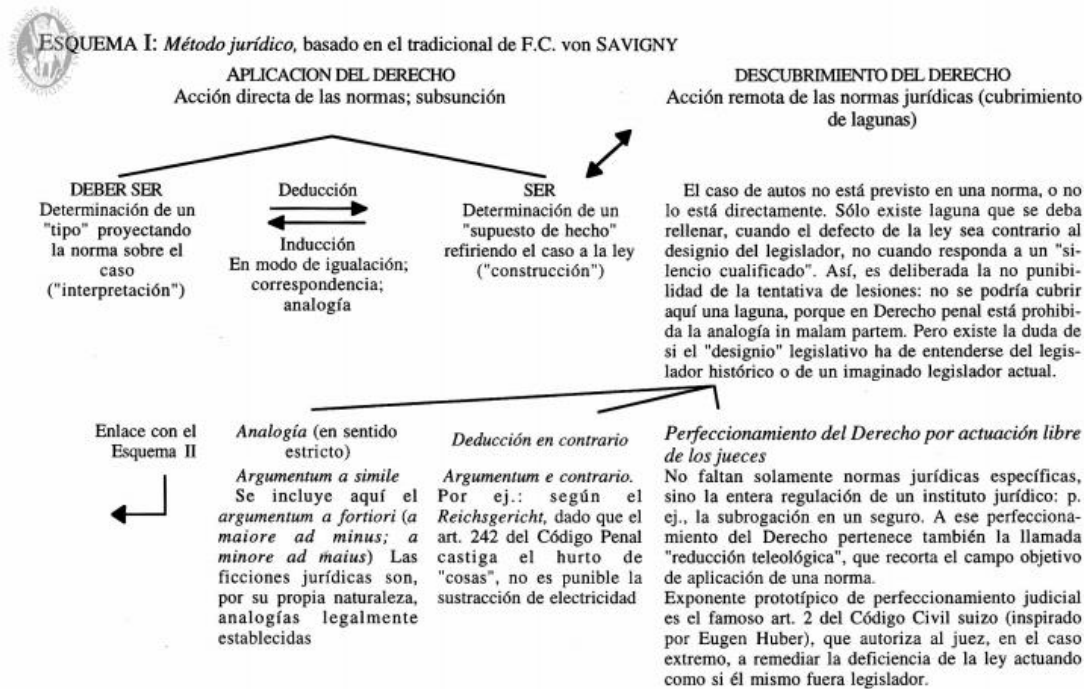
Zaffaroni, R. E. (2016). El derecho penal humano y el poder en el siglo XXI. *Conferencia de Guatemala* (págs. 1-68). Brasilia - Guatemala: CLACSO.

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.



ANEXOS

ANEXO 1:



Kaufmann, 1996, p. 37-38 extraído de : <http://dadun.unav.edu/handle/10171/12897>



ANEXO 2:

Sentencia Interpretativa No. 002-10-SIC-CC, 2010, p. 7



ANEXO 3:

SENTENCIA N.0 141-18-SEP-CC, 2018



ANEXO 4:

Voto salvado de la Sentencia No. 11-18-CN/19